



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO

**A PROTEÇÃO JURÍDICA AOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS:
A CONCRETIZAÇÃO DA DIMENSÃO SÓCIO-TRABALHISTA DA
MATRIZ CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988**

DANIELLE LÚCIA FERNANDES FERREIRA

BRASÍLIA

2013

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO

DANIELLE LÚCIA FERNANDES FERREIRA

**A PROTEÇÃO JURÍDICA AOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS:
A CONCRETIZAÇÃO DA DIMENSÃO SÓCIO-TRABALHISTA DA MATRIZ
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Prof.^a Dra. Gabriela Neves Delgado

BRASÍLIA
2013

DANIELLE LÚCIA FERNANDES FERREIRA

**A PROTEÇÃO JURÍDICA AOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS:
A CONCRETIZAÇÃO DA DIMENSÃO SÓCIO-TRABALHISTA DA MATRIZ
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof.^a Dra. Gabriela Neves Delgado (Orientadora)

Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto

Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Ricardo José Macedo de Brito Pereira

Universidade de Brasília - UnB

*Agradeço ao meu pai pelo apoio e incentivo ao
longo desta fase acadêmica.
À minha mãe, cujo carinho e compreensão me
acalentaram nos momentos de angústia.
Aos meus amigos, que fizeram esta trajetória
ainda mais feliz.
Agradeço, ainda, à professora Gabriela Neves
Delgado, que, com sua dedicação e amor à
docência, aflorou meu interesse pela busca de
um direito trabalhista mais humano.*

“Os migrantes devem ser respeitados em virtude de sua dignidade enquanto pessoas, muito além do regime vigente ou do lugar onde residem. Seus direitos não derivam do fato de pertencerem a um Estado ou Nação, mas de sua condição de pessoa cuja dignidade não pode sofrer variações ao mudar de um País para o outro”.
Hélio Bicudo

RESUMO

O presente trabalho busca assegurar a proteção jurídica aos imigrantes indocumentados. O Brasil vem se deparando com o fluxo cada vez maior de imigrantes em condições irregulares. Esses imigrantes indocumentados, devido a sua vulnerabilidade, são muitas vezes submetidos a condições subumanas e degradantes de trabalho, sem qualquer respeito aos direitos trabalhistas. Faz-se necessário, portanto, buscar mecanismos que assegurem a esses trabalhadores trabalho humano e digno. No âmbito internacional, diplomas consagram direitos mínimos que devem ser assegurados a todos os trabalhadores, afirmando os princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana. Na esfera nacional, no entanto, a legislação infraconstitucional que regula a questão migratória encontra-se defasada, refletindo, ainda, uma política voltada à proteção do trabalhador nacional e da soberania estatal, em prejuízo a direitos humanos dos estrangeiros. Por outro lado, observa-se, em certa medida, uma tendência à adoção de uma política imigratória mais humanizada. À luz dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e da dimensão sócio-trabalhista da matriz constitucional brasileira, a aplicação da teoria justtrabalhista das nulidades vem garantir todos os direitos trabalhistas aos imigrantes indocumentados, concretizando a dignidade do ser humano, valor fonte da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE:

Imigrante – irregularidade – trabalho digno - direitos trabalhistas - teoria justtrabalhista das nulidades.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIOLOGICA.....	11
2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	11
2.2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL.....	12
2.2.1. DA COLONIZAÇÃO A MEADOS DO SÉCULO XX.....	12
2.2.2. O MOVIMENTO MIGRATÓRIO COREANO E BOLIVIANO.....	15
2.3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	18
3. A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES: AVALIAÇÃO JURÍDICO-INTERNACIONAL.....	33
3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	33
3.2. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.....	35
3.3. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	39
3.3.1. CONVENÇÃO Nº 97 DA OIT.....	41
3.3.2. CONVENÇÃO Nº 143 DA OIT.....	43
3.4. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS.....	46
3.5. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: OPINIÃO CONSULTIVA OC-18/03.....	50
4. A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES EM CONDIÇÃO DE REGULARIDADE: AVALIAÇÃO JURÍDICO-NACIONAL.....	54
4.1. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL.....	54
4.2. REGULAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	57
4.2.1. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO.....	57
4.2.2. POLÍTICA DE NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO.....	63
4.3. A QUESTÃO MIGRATÓRIA NO CONTEXTO DO MERCOSUL.....	67

4.4. UMA NOVA PERSPECTIVA À POLÍTICA MIGRATÓRIA NO BRASIL: NOVO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO.....	70
5. A EXTENSÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS AOS TRABALHADORES IMIGRANTES EM CONDIÇÃO DE IRREGULARIDADE.....	72
5.1. A DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO: O TRABALHO DIGNO.....	72
5.1.1. TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: O CASO DOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS.....	78
5.2. A QUESTÃO DA SOBERANIA ESTATAL.....	79
5.3. TEORIA TRABALHISTA DAS NULIDADES.....	81
6. CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	91

1. INTRODUÇÃO

A imigração é um fluxo social presente na história da humanidade. No Brasil, especificamente, teve participação ativa na formação cultural devido à recepção de milhares de estrangeiros. Há algum tempo o Brasil vem se deparando com o problema do fluxo crescente de imigrantes em condições irregulares, principalmente vindos da América do Sul, como o caso dos bolivianos na cidade de São Paulo.¹

Além da grande quantidade de imigrantes indocumentados² no Brasil, salta aos olhos as condições subumanas e degradantes a que muitos são submetidos. Empregadores inescrupulosos aproveitam-se da situação de irregularidade dessas pessoas³ e submetem-nas a trabalho degradante, sem qualquer respeito aos direitos trabalhistas, com jornada de trabalho muito acima do padrão constitucional, salários baixíssimos e parca ou nenhuma preocupação no tocante à segurança e à saúde no trabalho.

Nessa problemática, o princípio do valor social do trabalho entra em conflito com o princípio da soberania estatal, pois a defesa do trabalho humano e digno encontra obstáculo na concepção tradicional de soberania, orientação que se revela na defasada Lei do Estrangeiro.

Apesar da invisibilidade pública a que são submetidos e da precária condição de trabalho, existem inúmeros instrumentos de proteção a eles assegurados no âmbito nacional e internacional. Tais diplomas asseguram remuneração que possibilite existência digna, segurança e higiene no trabalho, limitação razoável das horas de trabalho, entre outros direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta capazes de assegurar ao trabalhador o patamar civilizatório mínimo do direito fundamental ao trabalho digno.

¹ Segundo reportagem do jornal Folha de São Paulo, estima-se que 350 mil bolivianos residam no Brasil e cerca de 100 mil apenas vivem legalmente. Reportagem divulgada no site <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/58922-projeto-similar-para-bolivianos-existe-ha-2-anos.shtml>. Acesso em 25 de agosto de 2012.

² Neste trabalho serão utilizadas as expressões “imigrante indocumentado”, “imigrante irregular” e “imigrante em condições de irregularidade”, pois acredita-se não ser apropriada a expressão “imigrante ilegal”. Isso porque, a expressão “imigrante ilegal” reflete uma percepção distorcida do imigrante como um criminoso, o que ele não é, como se essa condição constituísse um delito. O fato de o imigrante entrar ou permanecer em território nacional sem a observância dos requisitos legais não se enquadra em um tipo penal, apenas constitui uma situação de irregularidade formal.

³ Devido à condição de irregularidade, esses imigrantes não podem queixar-se às autoridades, nem procurar socorro médico, sob o risco de serem deportados, como previsto na Lei nº 6.815/80 (Lei do Estrangeiro ou Estatuto do Estrangeiro).

Diante dessa problemática, a presente pesquisa versará sobre a proteção jurídica do trabalhador imigrante irregular, visando a defesa do trabalho humano e digno, tendo por base os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e da dimensão sócio-trabalhista da matriz constitucional de 1988, além de diplomas internacionais de proteção aos direitos dos trabalhadores imigrantes, bem como a teoria justrabalhista das nulidades.

A pesquisa foi desenvolvida por meio de pesquisas bibliográficas, realizando-se a análise de obras que versam sobre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional do Trabalho.

O tema foi particularizado com a pesquisa em livros e artigos acadêmicos específicos sobre a matéria. Houve, ainda, a análise de artigos de revistas e de jornais, com vista à obtenção de informações atualizadas quanto à situação dos imigrantes indocumentados no Brasil.

Tendo em vista a proposta de uma solução jurídica a um problema presente não só na sociedade brasileira, foi realizada a análise de diplomas legais nacionais e internacionais a respeito do tema.

No primeiro tópico foi feita a análise histórica e sociológica da imigração de trabalhadores no Brasil. Nesse intuito, foi realizada uma breve evolução histórica da imigração no país, destacando o movimento migratório coreano e boliviano, os quais deram início ao problema, ainda hoje presente, do trabalho de imigrantes indocumentados em oficinas de costura paulistas em condições análogas à de escravo. Em seguida, foi analisada a origem e a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, ressaltando a influência dos imigrantes para a construção do direito trabalhista brasileiro.

No segundo item foi realizada a avaliação jurídico-internacional dos trabalhadores imigrantes, com especial relevo à questão dos direitos trabalhistas dos trabalhadores imigrantes indocumentados. Desta forma, foram analisadas as Convenções nº 97 e 143, ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, além da Opinião Consultiva OC-18/03, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Posteriormente, foi avaliado o ordenamento jurídico-nacional referente aos trabalhadores imigrantes em condição de regularidade, tanto na esfera constitucional quanto na

infraconstitucional. No âmbito infraconstitucional, foi examinado o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) e os dispositivos relacionados à política de nacionalização do trabalho. Para um exame mais amplo e atualizado, foi feita, ainda, referência aos acordos realizados pelo Brasil no contexto do MERCOSUL. Além disso, tratou-se sobre uma nova perspectiva de compreensão da política migratória no Brasil, voltada à proteção dos direitos humanos dos imigrantes, presente no Projeto de Lei nº 5.655/09, o Novo Estatuto do Estrangeiro.

Finalmente, foi analisada a possibilidade de extensão dos direitos trabalhistas aos trabalhadores imigrantes em condições de irregularidade, tendo como fundamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana, o que caracteriza o trabalho digno, e a teoria justrabalhista das nulidades. Ademais, levou-se em consideração a questão da soberania estatal em face do valor social do trabalho.

Ante o exposto, a pesquisa tem por finalidade demonstrar que a condição de pessoa humana é o sustentáculo da proteção jurídica ao homem-trabalhador. Desta forma, independentemente da sua nacionalidade ou da sua situação frente às normas de imigração do Estado receptor, todo trabalhador imigrante deve ter reconhecidos e protegidos direitos trabalhistas que lhe assegurem condições mínimas para uma existência digna.

2. A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIOLÓGICA

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Primeiramente, faz-se necessário definir o que é ser imigrante. Conforme conceitua Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, imigrante é aquela pessoa “que entra em um país estrangeiro para aí viver”⁴, para se estabelecer.

O estrangeiro, por sua vez, é aquele identificado como um sujeito que não pertence a determinada coletividade. A qualidade de estrangeiro, segundo a autora, não está ligada apenas ao critério da nacionalidade, mas também às diferenças sociais e culturais.⁵

O imigrante é, portanto, o estrangeiro que permanece além de suas fronteiras nacionais. Abdelmalek Sayad assim diferencia imigrantes e estrangeiros:

Um estrangeiro, segundo a definição do termo, é estrangeiro, claro, até as fronteiras, mas também depois que passou as fronteiras; continua sendo estrangeiro enquanto puder permanecer no país. Um imigrante é estrangeiro, claro, até as fronteiras, mas apenas até as fronteiras. Depois que passou a fronteira deixa de ser um estrangeiro comum para tornar-se um imigrante. Se ‘estrangeiro’ é a definição jurídica de um estatuto, ‘imigrante’ é antes de tudo uma condição social [...]. É um critério social que faz do estrangeiro um imigrante.⁶

Por conta dessa especificidade de permanência, a palavra imigrante tem forte significado negativo, uma vez que, segundo grande parte da opinião pública, o imigrante entra no país estrangeiro “para ‘competir por empregos’ e para utilizar as estruturas sociais do país de acolhida”⁷.

A migração, de fato, é um fenômeno social presente na história da humanidade. Seja em busca de melhores condições de vida, ou para fugir de guerras, perseguições políticas, raciais ou religiosas, bem como de desastres ambientais, observa-se ao longo da história o deslocamento de contingentes humanos de um país para outro. Segundo dados das Nações Unidas, no ano de 2000, cerca de 150 milhões de pessoas viviam fora de seus países de origem na condição de imigrantes.⁸ No atual contexto geopolítico de crise econômica e desemprego, não

⁴ LOPES (2009, p. 32)

⁵ LOPES (2009, p. 32)

⁶ SAYAD *apud* LOPES (2009, p. 32)

⁷ LOPES (2009, p. 33)

⁸ PEREIRA (2006, p. 86)

faltam exemplos de pessoas que deixam seus países de origem na busca por melhores condições de vida e de oportunidades de trabalho. São argelinos na França, turcos na Alemanha e até latino-americanos, africanos, asiáticos e haitianos no Brasil.

Até novembro de 2009, segundo reportagem de Pablo Kashner, havia cerca de um milhão de imigrantes regularizados no Brasil. Somado a esse contingente há ainda um grande número de indocumentados, ou seja, migrantes que se encontram em situação irregular no território brasileiro, que permanecem ao arrepio das normas nacionais de imigração.⁹

A Associação Nacional de Estrangeiros e Imigrantes no Brasil (Aneib) estimava, até o ano de 2009, haver cerca de 60 mil estrangeiros em situação irregular no país. Já para o Ministério do Trabalho seria em torno de 180 mil, o que representaria cerca de 20% do número de estrangeiros registrados. Tal discrepância nas estimativas e a ausência de números oficiais de imigrantes irregulares no Brasil decorrem do constante fluxo migratório e do fato dessa população não estar cadastrada nos dados oficiais do país.

Note-se que a história do Brasil é marcada por fluxos migratórios, que se diferenciaram por conta do contexto sócio-econômico, político e cultural da época, os quais persistem até os dias de hoje, ainda que em menor intensidade.

2.2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL

2.2.1. DA COLONIZAÇÃO A MEADOS DO SÉCULO XX

A história do fluxo imigratório para o Brasil teve início na colonização. Primeiramente, os portugueses aqui aportaram objetivando a apropriação militar e econômica da terra. Com o tráfico negreiro para a manutenção do trabalho escravo nas grandes lavouras de exportação, introduziu-se no território brasileiro quatro milhões de africanos, um movimento migratório forçado que perdurou por três séculos.¹⁰

Na segunda metade do século XIX, prolongando-se até o século XX, alemães, italianos e outros estrangeiros instalaram-se, em especial no sul do Brasil, atraídos pelo projeto de

⁹ KASCHNER (2009)

¹⁰ BASSANEZI (1995, p. 2)

colonização agrícola com base na pequena propriedade policultora, que objetivava a defesa e o povoamento da terra.¹¹

Entre 1820 e 1876, entraram 350.117 estrangeiros no Brasil para trabalhar na cafeicultura do Oeste Paulista, sob o regime de parceria; em obras de infra-estrutura urbana; e na construção de caminhos e estradas necessárias à expansão da cafeicultura.¹²

A imigração internacional para o Brasil ganhou força mesmo a partir dos anos 70 do século XIX e, sobretudo, após o fim da escravidão, trazendo ao território brasileiro cerca de cinco milhões de imigrantes, entre europeus e asiáticos.¹³ Sobre o tema, descrevem Rosana Baeninger e Neide L. Patarra:

A passagem de um sistema econômico escravocrata para um sistema econômico capitalista exigiu a presença de contingente migratório que fosse capaz de suprir a necessidade de mão-de-obra para a lavoura. Desse modo, passou-se de um tipo de movimento migratório, ou seja, a imigração africana forçada, característico de determinada etapa do desenvolvimento econômico (a monocultura da cana-de-açúcar) para a migração da força-de-trabalho livre e de origem européia, específica do período primário exportador da economia brasileira.¹⁴

Vários fatores propiciaram a imigração em grande escala para o Brasil, entre eles: o rápido crescimento da economia cafeeira em São Paulo; a expansão da rede ferroviária, com sua industrialização e urbanização; a abolição da escravatura; o estabelecimento de um regime republicano descentralizado; bem como o reforço da ideologia liberal do século XIX.¹⁵

Das últimas décadas do oitocentos à Primeira Guerra Mundial, período denominado como a fase da Grande Imigração, estima-se que mais de 3.600.000 imigrantes europeus entraram no Brasil, dos quais 38% eram italianos, atraídos pelo sonho de melhores condições de vida.¹⁶

O Brasil acabou abrindo-se para a imigração japonesa em 1908, por conta da dificuldade de obtenção de trabalhadores para a lavoura cafeeira, “agravada pela proibição da Itália de emigração subsidiada para o Brasil (1902) e pela necessidade de conquistar novos mercados para o café”¹⁷. Devido às más condições que os italianos viviam em São Paulo, o

¹¹ BASSANEZI (1995, p. 2)

¹² BASSANEZI (1995, p. 3)

¹³ BASSANEZI (1995, p. 3)

¹⁴ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 79)

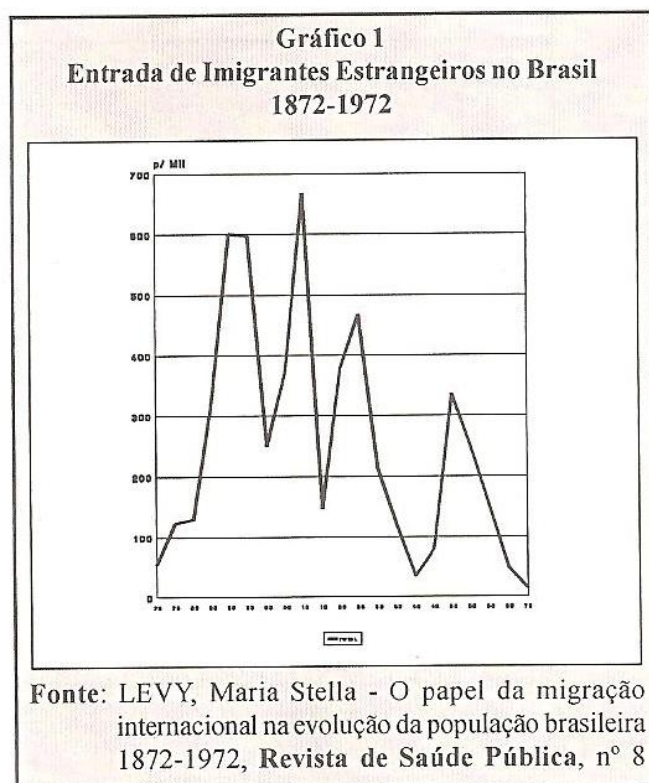
¹⁵ BASSANEZI (1995, p. 3)

¹⁶ MENEZES (2001, p. 126)

¹⁷ BASSANEZI (1995, p. 5)

governo italiano, em 1902, promulgou o Decreto Prinetti, proibindo a imigração gratuita para o Brasil.¹⁸

Entre 1872 e 1972, podem ser observados quatro momentos de intensa entrada de imigrantes no Brasil, separados por ocasiões de declínio, conforme destaca o gráfico abaixo:



Conforme análise do gráfico acima, conclui-se que o primeiro marco refere-se ao período de expansão da cafeicultura no Oeste Paulista, quando, conforme já dito, milhões de imigrantes vieram ao Brasil, principalmente, para substituir a mão-de-obra escrava nas lavouras. O declínio ocorreu devido à proibição da emigração subsidiada para o Brasil pelo governo italiano, bem como à crise do café.

Em seguida, com a política de valorização do café (Convênio de Taubaté, de 1906)¹⁹, a imigração voltou a aumentar expressivamente, tendo início a corrente de fluxo migratório japonesa. Com a Primeira Guerra Mundial tal fluxo foi interrompido.

¹⁸ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 79)

¹⁹ BASSANEZI (1995, pp. 6-7)

No pós-Primeira Guerra houve um terceiro ápice, o qual caracterizou-se pela numerosa entrada de portugueses, um aumento do fluxo de japoneses e a vinda de estrangeiros de nacionalidades diversas, como poloneses, russos e romenos.²⁰ O término desse período decorreu de vários fatores, entre eles as restrições impostas à imigração pelo Governo de Getúlio Vargas nos anos 1930, o que será exposto mais adiante.

O último momento veio com a diminuição das restrições à imigração após a Segunda Guerra Mundial. A cafeicultura perdeu sua importância, passando a ter preponderância no cenário econômico a indústria e a colonização agrícola, o que atraiu novos imigrantes. Nesta época observou tanto a imigração individual quanto a imigração “dirigida”, ou seja, orientada por organismos internacionais, em convênio com autoridades brasileiras.²¹ Insere-se nesse período o início do incentivo à imigração coreana, a qual será tratada a seguir.

Após esse último ápice, o que se verifica é a reversão do fluxo migratório, predominando a saída de brasileiros do país.

2.2.2. O MOVIMENTO MIGRATÓRIO COREANO E BOLIVIANO

Em 1962, iniciou-se o movimento migratório coreano para o Brasil, contando com a organização de civis e o apoio do governo militar da Coreia do Sul. Até janeiro de 1966 cinco levas de imigrantes coreanos desembarcaram no Brasil com o objetivo de se dedicarem somente à lavoura. No entanto, todos os projetos de instalação de fazendas coreanas fracassaram por diversas razões, o que os levou a se deslocarem para as cidades. A partir de 1969, devido à grande evasão desses imigrantes da área rural para a cidade, Brasil e Coreia do Sul passaram a proibir a imigração agrícola.²²

Nos anos 70, somente técnicos coreanos de nível universitário já com contrato de trabalho podiam entrar no país. Contudo, isso não impediu a entrada de coreanos, que começaram a chegar via Bolívia e Paraguai. Roseli Galetti explicita:

Nem as medidas restritivas impostas pelo governo brasileiro em 1972, nem as barreiras levantadas pela Coreia do Sul à emigração para a América Latina a partir de 1977,

²⁰ BASSANEZI (1995, p. 6-7)

²¹ BASSANEZI (1995, p. 6-7)

²² GALETTI (1995, pp. 134-137)

conseguiram interromper o fluxo de coreanos, agora integrantes de classes média e alta, fugitivos do sistema extremamente competitivo da sociedade coreana moderna.²³

Estabelecidos na cidade de São Paulo, a base da sobrevivência da comunidade coreana passou a ser a confecção. Segundo dados da Associação Brasileira dos Coreanos, em 1995, 50% deles eram atacadistas de roupas, 15% varejistas, 20% proprietários de confecção, 5% vendedores e apenas 1% eram profissionais liberais. À época, existiam, na cidade de São Paulo, cerca de 2.500 estabelecimentos comerciais coreanos, dos quais 90% eram de confecções.²⁴

O objetivo de todo imigrante coreano era o mesmo: estabelecer-se rapidamente e enriquecer também o mais rápido possível, a qualquer custo. As tentativas de exercerem atividades comerciais tinham fracassado devido à dificuldade de aprender o português e de lidar com empregados brasileiros, que exigiam o cumprimento da legislação trabalhista. Um trabalhador em situação legal custa cerca de 160% a mais.

As ‘fabriquetas’ – duas ou três máquinas de costura operada dia e noite, até por velhos e crianças, dentro dos próprios apartamentos e casas dos coreanos – começaram a se multiplicar a partir de 1975.²⁵

Familiares e empregados moravam e trabalhavam no mesmo lugar. Os funcionários eram pagos por peça produzida. As atividades que exigiam pouca experiência e maquinário barato, tais como casear, pregar botões e vender, eram reservadas aos imigrantes recém-chegados, que ainda mantinham-se em condição de ilegalidade e possuíam pouco ou quase nenhum capital, participando minimamente no lucro.²⁶

Os bolivianos, por sua vez, começaram a chegar ao Brasil nos anos 50. Na década de 70, com as grandes obras militares, o fluxo migratório aumentou, alcançando seu pico nos anos 80. Os bolivianos fugiam da recessão, que chegou a registrar inflação de até 11 mil por cento ao ano. Eles cruzaram a fronteira por Corumbá rumo à capital paulista a procura de trabalho e de uma vida melhor.²⁷

Aproveitando essa onda de imigração boliviana, os coreanos começaram, a partir dos anos 80, “a substituir a mão de obra barata de contraventores clandestinos por bolivianos que entravam em condição ilegal no Brasil”. Hernandez, um dos milhares de bolivianos que prestou serviços de costura para confecções coreanas, diz ter penado muito até conseguir montar

²³ GALETTI (1995, p. 137)

²⁴ GALETTI (1995, pp. 139-140)

²⁵ GALETTI (1995, p. 139)

²⁶ GALETTI (1995, p. 140)

²⁷ GALETTI (1995, p. 141)

seu próprio negócio e conclui: “fiquei bom tempo sem documento. Até a minha filha nascer. E sempre fui explorado. Sem documento, você é mais explorado”.²⁸

Vários coreanos chegaram a ir até a Bolívia para contratar gente. ‘Prometiam tudo, um paraíso. Mas quando os bolivianos chegavam aqui, a coisa era bem diferente. Uma semi-escravidão! O pessoal mora nas oficinas onde trabalha 16, 17 horas por dia, para ganhar dois a três salários mínimos’, conta Orlando Cardoso Muñoz, um dos diretores da Associação de Residentes Bolivianos, a ARB.²⁹

Com o decorrer do tempo, o boliviano documentado é que passou a contratar e explorar os contrerrâneos indocumentados, tal qual fizeram os coreanos inicialmente, bem como muitos paraguaios na mesma condição irregular.³⁰

Na verdade, a relação estabelecida entre coreanos e bolivianos nesse recente processo migratório em São Paulo não se diferencia, em nada, da exploração da ilegalidade de imigrantes observada no mundo inteiro, inclusive entre contrerrâneos. Assim, o coreano mais antigo na cidade explorava o coreano ilegal, que se legalizou e passou a explorar o boliviano ilegal, que se legalizou e explora os contrerrâneos ilegais que continuam a chegar da Bolívia. A questão é: como sobreviver sem sair dessa relação de exploração?³¹

Observa-se nesses recentes fluxos migratórios um círculo vicioso de exploração do trabalhador imigrante que ainda se apresenta na sociedade brasileira, apesar da proteção justrabalhista assegurada pela Constituição de 1988, tendo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, como exemplo, que, em agosto de 2011, em operação do Ministério do Trabalho, foram encontrados estrangeiros submetidos à condição análoga à de escravo em oficinas subcontratadas pela marca internacional Zara. Segundo reportagem do jornal O GLOBO³², as vítimas teriam sido aliciadas na Bolívia e no Peru, tendo os agentes do poder público constatado diversas irregularidades, como: contratações ilegais, trabalho infantil, condições degradantes, jornadas exaustivas de até 16 horas diárias e cerceamento de liberdade. De acordo com informações dadas ao jornal pela ONG Repórter Brasil, os trabalhadores tinham que pedir autorização para sair das oficinas, as quais também serviam de moradia. Além disso,

²⁸ GALETTI (1995, p. 141)

²⁹ GALETTI (1995, p. 142)

³⁰ GALETTI (1995, p. 142)

³¹ GALETTI (1995, p. 134)

³² GONZALEZ, Amelia; NOBREGA, Camila. **MTE confirma trabalho escravo encontrado na cadeia da Zara.** Disponível em <http://oglobo.globo.com/blogs/razaosocial/posts/2011/08/17/mte-confirma-trabalho-escravo-encontrado-na-cadeia-da-zara-399282.asp>. Acesso em 8 outubro 2011.

recebiam centavos por peça produzida e, em caso de dano, eram obrigados a pagarem a peça pelo preço vendido nas lojas.

Mais recentemente, no programa Profissão Repórter³³, do dia 7 de agosto de 2012, exibido na Rede Globo, foi acompanhada uma operação, envolvendo o Ministério Público, o Ministério do Trabalho e a Polícia Federal, relativo a uma denúncia de trabalho escravo em oficinas de costura no interior de São Paulo. Na primeira oficina foram encontrados 32 trabalhadores bolivianos indocumentados, trabalhando e morando no mesmo lugar. A fiscalização ainda descobriu que as carteiras de trabalho eram retidas pelo dono da oficina. Na segunda oficina não foi constatado trabalho escravo, mas foi fechada por apresentar irregularidades. O dono, contudo, abriu outra em outro endereço.

Foi mostrada ainda uma fiscalização que flagrou trabalho em condições análogas à de escravo em uma confecção de calças jeans na zona norte de São Paulo. Em entrevista com um dos trabalhadores bolivianos, ele declarou que ganhava em média R\$1,60 por peça confeccionada, tendo ainda que pagar ao empregador os custos com o aluguel, água, comida, luz, bem como a passagem da Bolívia para o Brasil. A repórter relatou que uma família teve que trabalhar quatro meses de graça para quitar a dívida. Por fim, os fiscais do trabalho concluíram que as condições degradantes, a longa jornada de trabalho e a servidão por dívida configuravam trabalho escravo.³⁴

Diante do exposto, verifica-se que a questão migratória e suas problemáticas permanecem em pauta na política brasileira e devem ser permanentemente debatidas para que o avanço democrático e inclusivo se opere na sociedade.

2.3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Como dito anteriormente, o imigrante tem por característica essencial o *animus* de permanência no país estrangeiro. A migração forçada de africanos para alimentar o trabalho escravo não seria, portanto, um fluxo migratório propriamente dito, uma vez que falta a esses indivíduos tal atributo. Muito menos se pode falar em migração laboral nessa fase da história do

³³ PROFISSÃO REPÓRTER. Disponível no site: <http://globotv.globo.com/rede-globo/profissao-reporter/t/extras/v/ministerio-do-trabalho-fiscaliza-oficina-de-costura-irregular-no-interior-de-sao-paulo/2078559/>. Acesso em 8 de agosto de 2012.

³⁴ PROFISSÃO REPÓRTER. Disponível no site: <http://globotv.globo.com/rede-globo/profissao-reporter/t/extras/v/ministerio-do-trabalho-fiscaliza-oficina-de-costura-irregular-no-interior-de-sao-paulo/2078559/>. Acesso em 8 de agosto de 2012.

Brasil, uma vez que o trabalho livre é pressuposto da relação laboral. Nesse sentido, defende Carlos B. Vainer:

Boa parte da literatura vê como atributo essencial da migração ‘o processo decisório de que o migrante é sujeito’. Ora, no caso do escravo, esta decisão que, geralmente, é considerada como atributo *sine qua non* da migração, estaria ausente: o escravo, por sua própria condição, não decide nada, ele é objeto e não sujeito. Colocar no tráfico de escravos o momento fundador das migrações laborais modernas é desconhecer que o que especifica o período histórico anunciado pela modernidade é justamente a emergência do trabalho livre. É a liberdade individual que funda a condição específica do trabalhador – e, poder-se-ia dizer de modo mais geral, do homem moderno. A liberdade individual, com efeito, em todo o espectro de posições intelectuais e ideológicas, é reconhecida como o apanágio do homem moderno, a contribuição original e insuperável da modernidade à história da humanidade.³⁵

Desta forma, o marco histórico da formação e consolidação do Direito do Trabalho no Brasil é o ano de 1888, quando a Lei Áurea aboliu a escravidão no país. O pressuposto do trabalho subordinado, da estruturação da relação empregatícia, é a existência do trabalho juridicamente livre, logo não há que se falar em normatização jurídica dessa relação se tal pressuposto não existe.³⁶

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante dividem a história do Direito do Trabalho brasileiro em três fases: o período que vai da Independência do Brasil até a Abolição da Escravatura; de 1888 a 1930; e da Revolução de 1930 até hoje. Na mesma linha do exposto acima, caracterizam o primeiro período pelo não desenvolvimento da legislação trabalhista devido à existência de trabalho escravo.³⁷

Mauricio Godinho Delgado oportunamente ressalta:

Não se trata de sustentar que inexistia no país, antes de 1888, qualquer experiência de relação de emprego, qualquer experiência de indústria ou qualquer traço de regras jurídicas que pudessem ter vínculo, ainda que ténue, com a matéria que, futuramente, seria objeto do Direito do Trabalho. Trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior, marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravista, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justtrabalhista.³⁸

Arnaldo Süssekind, ao analisar o período que antecedeu o fim da escravidão, mais especificamente o intervalo entre a Independência e a República (de 1822 a 1889), observou que apesar da influência dos ideais filosóficos da Revolução Francesa na Constituição Imperial

³⁵ VAINER (2001, p. 178)

³⁶ DELGADO (2011, p. 105)

³⁷ NETO; CAVALCANTE (2003, p. 27)

³⁸ DELGADO (2011, p. 106)

(1824) – assegurou-se ampla liberdade para o trabalho (art. 179, n. 24) e se aboliu as corporações de ofício (art. 179, n. 25) - não se estabeleceu proteção legal aos trabalhadores. Isso se deu por conta da preponderância da agricultura na economia brasileira e da utilização do trabalho escravo, possuindo, portanto, um setor industrial ainda incipiente, o que impossibilitou a chegada da Revolução Industrial no Brasil, estopim, em alguns países, para o surgimento das primeiras leis sócio-trabalhistas.³⁹

Durante o Império, pouquíssimas leis sobre o trabalho foram criadas. Oportuno citar o Código Comercial (1850) e a Lei nº 396, de 1846. O primeiro diploma beneficiou o empregado no comércio dispondo sobre a manutenção do salário nas hipóteses de acidentes imprevistos ou inculcados, o aviso prévio para o término do contrato de trabalho, as justas causas de rescisão contratual e a indenização pela rescisão injustificada do contrato por prazo determinado. O segundo, por sua vez, proibiu a admissão de mais de dois estrangeiros por empresa.⁴⁰

A primeira fase da evolução do Direito do Trabalho no Brasil compreende, portanto, o período de 1888 a 1930, caracterizada, conforme denominou Mauricio Godinho Delgado, por “manifestações incipientes ou esparsas”⁴¹.

Amauri Mascaro Nascimento estabelece a abolição da escravidão e a proclamação da República como o marco inicial para uma fase do Direito do Trabalho denominada por ele como período liberal. Tal fase, segundo o autor, apesar de não haver maiores iniciativas, contribui para o desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira.⁴²

Nesse período, de modo relevante, a relação empregatícia era encontrada no avançado segmento agrícola cafeeiro de São Paulo e na emergente industrialização vivida na capital paulista e no Rio de Janeiro.⁴³ Em 1907, 30% da indústria nacional concentrava-se no Rio de Janeiro e 16% em São Paulo. Existiam, ainda, inúmeras oficinas e manufaturas de vestuário, móveis, tintas, entre outros produtos, mal instaladas e localizadas em locais inalcançáveis pela fiscalização.⁴⁴

³⁹ SÜSSEKIND (2002, pp. 31-32)

⁴⁰ SÜSSEKIND (2002, p. 32)

⁴¹ DELGADO (2011, p. 106)

⁴² NASCIMENTO (2002, p. 161)

⁴³ DELGADO (2011, p. 106)

⁴⁴ NASCIMENTO (2002, p. 161)

A República nasceu sob a influência do espírito liberal-individualista da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Revolução Francesa (1789) e da Constituição norte-americana (1787). Desta forma, a Constituição de 1891 garantiu apenas “o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial” (art. 72, § 4º) e o direito de associação (art. 72, § 8º), permitindo ao Supremo Tribunal Federal declarar lícita a organização de sindicatos.⁴⁵

O movimento operário ainda era fraco, devido a sua incipiência no quadro econômico-social da época e pela forte influência anarquista nas suas lideranças. Desta forma, as manifestações e negociações realizadas no plano industrial não foram fortes o suficiente para, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, “firmarem um conjunto diversificado e duradouro de práticas e resultados normativos, oscilando em ciclos esparsos de avanços e refluxos”⁴⁶.

Quanto ao Estado, não havia uma dinâmica legislativa intensa e contínua em relação à questão social, uma vez que o liberalismo não intervencionista clássico, vigente à época, associado ao pacto de descentralização político regional da República Velha dificultava a possibilidade de surgimento de uma legislação heterônoma federal trabalhista significativa. O que havia eram normas justrabhistas assistemáticas e dispersas e diplomas que se referiam à questão social de modo tangencial, como, por exemplo: o Decreto 1.162/1890, que desqualificou a greve como ilícito penal, mantendo como crime somente os atos de violência praticados no movimento; e a Lei 3.724/1919, a legislação acidentária do trabalho, que acolheu o princípio do risco profissional com limitações.⁴⁷

Outras iniciativas legislativas cabem ser destacadas, como: o Decreto 1.313/1891, que estabeleceu a fiscalização permanente dos estabelecimentos fabris na Capital da República, fixou a jornada de trabalho em sete horas, proibiu o trabalho noturno para os menores de quinze anos e a vedação do trabalho para menores de doze anos; a Lei 1.637/1907, que dispôs sobre a sindicalização quanto aos trabalhadores urbanos; e a inclusão de dispositivos relativos à questão trabalhista no Código Civil de 1916, utilizando-se a expressão “locação de serviços”.⁴⁸

Na concepção de Amauri Mascaro Nascimento, a vigência do Código Civil de 1916 deu início à “fase civilista do período liberal com os dispositivos legais sobre *locação de serviços*”, o antecedente do contrato de trabalho. Vale ressaltar, que alguns institutos dessas

⁴⁵ SÜSSEKIND (2002, p. 33)

⁴⁶ DELGADO (2011, p. 106)

⁴⁷ DELGADO (2011, pp. 107-108)

⁴⁸ NETO; CAVALCANTE (2003, p. 29)

normas sobre locação de serviços serviram de base para a elaboração do direito do trabalho, tais quais alguns tipos de justa causa para rescisão contratual e critérios de reparação para os casos de rescisão sem justa causa.⁴⁹

Nos primeiros anos dessa fase houve greves esporádicas, as quais visaram a redução da jornada de trabalho, melhores salários e condições de trabalho. Em 12 de junho de 1917, por exemplo, eclodiu, em São Paulo, uma greve de grande repercussão, que iniciou no Cotonifício Rodolfo Crespi e se alastrou pelas fábricas Jafet, chegando, inclusive, em treze localidades do interior. Em um mês o número de grevistas chegou em torno de vinte mil trabalhadores. Com a intermediação de jornalistas, a greve teve fim, tendo sido obtido um aumento salarial de 20% e a garantia de que ninguém seria demitido.⁵⁰

Destaca-se nesse período a grande influência dos imigrantes, em especial os italianos. Segundo Amauri Mascaro Nascimento, em 1901, apenas 10% dos 50.000 operários existentes no Estado de São Paulo eram brasileiros. Dos 7.962 operários existentes na cidade de São Paulo, 4.999 eram imigrantes, sendo a maioria italianos.⁵¹

No Rio de Janeiro, por sua vez, em 1906, a maioria dos operários eram portugueses e espanhóis.⁵²

A presença desses imigrantes europeus, segundo Amauri Mascaro Nascimento, contribuiu para a formação das condições para que o trabalho subordinado viesse a ser regulado por leis protetivas.⁵³ Cabe lembrar que os primeiros movimentos grevistas, no início da República Velha, tiveram grande influência desses imigrantes, o que deu origem ao movimento sindical.⁵⁴

Contudo, apesar das inúmeras greves e do movimento político existentes na época, o Poder Público mantinha-se fiel ao princípio liberal e alheio às reivindicações.⁵⁵

Conforme o pensamento liberal, qualquer regulamentação do trabalho humano “podia ser interpretada como séria restrição à autonomia da vontade e incompatível com os princípios considerados válidos para a plena emancipação nacional”, por isso, a despeito do contexto social e político, a ordem trabalhista não encontrou ambiente propício para sua

⁴⁹ NASCIMENTO (2002, pp. 167-168)

⁵⁰ NETO; CAVALCANTE (2003, pp. 27-28)

⁵¹ NASCIMENTO (2002, p. 161)

⁵² NASCIMENTO (2002, p. 161)

⁵³ NASCIMENTO (2002, p. 162)

⁵⁴ NETO; CAVALCANTE (2003, p. 28)

⁵⁵ NASCIMENTO (2002, p. 162)

evolução. Dessa forma, as leis trabalhistas que surgiam na Europa não tinham maiores reflexos no Brasil.⁵⁶

No fim do século XIX, surgiram as primeiras associações de trabalhadores livres assalariados, porém ainda não intituladas de sindicatos. Marca-se aqui a influência dos imigrantes europeus na formação e desenvolvimento dessas entidades coletivas, os quais trouxeram “ideias e concepções plasmadas nas lutas operárias do velho continente”⁵⁷.

Essa influência europeia trouxe os ideais anarquistas, conforme avalia Arnaldo Sússekind:

Os trabalhadores da indústria receberam, a propósito, forte influência dos *anarquistas* que emigraram da *Itália* e da *Espanha*, os quais promoveram a criação de *Unões Operárias*, de intensa atuação sindical. A lei instituidora do *seguro de acidente do trabalho* (1919) foi a primeira que resultou de amplo movimento reivindicatório, sustentado por alguns intelectuais e diversas greves eclodidas nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Recife.⁵⁸

No mesmo sentido, analisa Amauri Mascaro Nascimento, quanto às ações anarquistas neste período liberal:

A ação dos anarquistas foi intensa, com reflexos no âmbito trabalhista, especialmente sobre o movimento sindical. No I Congresso Operário de 1906 predominou o pensamento anarquista, que preconizava a resistência ao patronato, a oposição à beneficência, ao mutualismo ou ao cooperativismo, tidos como contrários aos interesses do operariado. Até 1920 os trabalhadores, em grande parte, eram influenciados pelos anarquistas, cuja preponderância é devida à origem dos imigrantes: Itália, Espanha, Portugal etc..⁵⁹

Ressalta-se aqui que já a partir de 1917, antes mesmo do fim da Primeira Guerra Mundial, numa conjuntura de ideologias anarquistas e nacionalistas, tomou vulto na imprensa brasileira a questão dos “indesejáveis”, sob uma ótica ideológica, conforme aponta Lená Medeiros de Menezes. Ampliando-se, pois, a prática da expulsão de estrangeiros considerados perigosos por estarem envolvidos com o movimento operário em ascensão.⁶⁰

Diversas medidas restritivas no sentido de proibir a imigração de estrangeiros indesejáveis e de expulsar aqueles qualificados como perigosos à segurança nacional entraram em vigor. Com o Governo Vargas, aprofundando-se a lógica autoritária do Estado Novo, novas

⁵⁶ NASCIMENTO (2002, p. 163)

⁵⁷ DELGADO (2011, p. 1289)

⁵⁸ SÚSSEKIND (2002, p. 34)

⁵⁹ NASCIMENTO (2004, p. 64)

⁶⁰ MENEZES (2001, p. 129)

medidas restritivas foram postas em execução. Lená Medeiros de Menezes salienta que “nesse momento a depressão atingia o mundo inteiro e os nacionalismos ascendentes orientavam atitudes xenófobas de largo alcance, com inúmeras restrições à circulação de trabalhadores pobres”⁶¹.

Esse período de políticas restritivas de imigração insere-se no segundo período da história do Direito trabalhista brasileiro, a “fase da institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho”, o qual se inicia em 1930 e perdura até 1945, o fim do governo Vargas, caracterizando-se, ao contrário da fase anterior, por intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, tendo em vista o novo padrão de gestão sociopolítica surgido com o fim da hegemonia da indústria cafeeira.⁶²

Esse modelo teve por base as experiências européias autocráticas do entreguerras, em especial o parâmetro fascista italiano.⁶³ Foi no governo de Getúlio Vargas que a ideia de intervenção estatal nas relações trabalhistas passou a ser aceita, devido, justamente, à influência histórica desse modelo corporativista italiano.⁶⁴

Essa política trabalhista caracterizou-se, portanto, pelo papel central do Estado, ocorrendo a reestruturação da ordem jurídica trabalhista, a qual, em parte, se mantém até hoje.⁶⁵

Conforme salienta Amauri Mascaro Nascimento:

A ação dos trabalhadores e os movimentos sociais [...] levaram o Estado a tomar posição, facilitada pelas novas ideias inspiradas nos ideais que se difundiam nos outros países, voltados para a melhoria das condições dos trabalhadores e para a realização da justiça social.⁶⁶

Logo após assumir a chefia do Governo Provisório da Revolução de 1930, Getúlio Vargas criou, por meio do Decreto nº 19.433/1930, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e, até a promulgação da Constituição de 1934, legislou intensamente sobre relações trabalhistas individuais e coletivas, assim como sobre Previdência Social, tudo por meio de decretos legislativos.⁶⁷

⁶¹ MENEZES (2001, pp. 129-130)

⁶² DELGADO (2011, p. 109)

⁶³ DELGADO (2011, p. 119)

⁶⁴ NETO; CAVALCANTE (2003, p. 29)

⁶⁵ NASCIMENTO (2002, p. 169)

⁶⁶ NASCIMENTO (2002, p. 170)

⁶⁷ SÜSSEKIND (2002, p. 36)

O intervencionismo estatal estendeu-se à questão social, sendo implementado um conjunto de ações diversificadas e combinadas. Quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário eram rigorosamente reprimidas, ao mesmo tempo em que houve uma minuciosa produção legislativa, que estabeleceu um novo modelo de organização do sistema trabalhista, com intenso controle estatal.⁶⁸

Somente no breve período entre 1934 e 1935, com a Constituição de 1934 que admitia pluralidade sindical, houve maior liberdade e autonomia sindicais. Esse texto constitucional assegurava, por exemplo:

a) a ordem econômica, a ser organizada conforme os princípios da Justiça as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos a existência digna (art. 115); b) a legislação ordinária deveria promover o amparo da produção, estabelecendo as condições de trabalho, objetivando a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país (art. 121); c) a legislação ordinária deveria dispor a respeito do reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais, assegurando a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos (art. 120), além do reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (art. 121, j); d) a criação da Justiça do Trabalho.⁶⁹

Esse curto período de vigência da Carta Magna de 1934 é assim analisado por Arnaldo Süssekind:

A Carta Magna de 1934, elaborada e promulgada por Assembléia Constituinte, procurou conciliar filosofias antagônicas: a social-democracia da Constituição de Weimar e a liberal individualista norte-americana. Demais disto, mesclou a representação política resultante do voto direto com a corporativa, designada pelas associações sindicais. Foi-lhe, por isto, vaticinada vida efêmera, o que aconteceu.⁷⁰

No estado de sítio de 1935, o Estado retomou seu controle sobre as ações trabalhistas, “dirigido preferencialmente às lideranças políticas e operárias adversárias da gestão oficial”, eliminando qualquer foco de resistência à sua estratégia político-jurídica com a ditadura de 1937. Desta forma, foi solidificado o novo modelo just trabalhista formado “a partir de políticas integradas, administrativamente dirigidas em pelo menos seis direções”, quais sejam: a administração federal, a área sindical, a resolução de conflitos trabalhistas, o sistema previdenciário, a legislação profissional e protetiva e a repressão de manifestações políticas ou operárias autonomistas ou adversas à política estatal.⁷¹

⁶⁸ DELGADO (2011, p. 109)

⁶⁹ NETO; CAVALCANTE (2003, p. 30)

⁷⁰ SÜSSEKIND (2002, p. 38)

⁷¹ DELGADO (2011, pp. 109-111)

Da Carta Magna de 1937 à criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi farta a produção legislativa relativa ao Direito do Trabalho.

Na administração federal foi criado, em 1930, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, como já dito, e, no ano seguinte, o Departamento Nacional do Trabalho, a fim de coordenar as ações institucionais que seriam desenvolvidas nos anos seguintes.

Quanto ao sindicalismo, por meio do Decreto n. 19770/1931, foi estabelecido o sindicato único (não obrigatório), “submetido ao reconhecimento do Estado e compreendido como órgão colaborador deste”⁷². Com a Constituição de 1937 e o Decreto n. 1.402/1939 o modelo sindical oficial corporativo fortaleceu-se.

A Carta Magna de 1937, outorgada por Getúlio Vargas (início do Estado Novo), e com influência corporativa, em especial da *Carta Del Lavoro* presente na Itália fascista, estabeleceu: a intervenção do Estado na economia, a fim de suprir as deficiências da iniciativa individual e de coordenar os fatores de produção, introduzindo os pensamentos dos interesses da Nação, representados pelo Estado (art. 135); a ideia de que o trabalho é meio de subsistência do indivíduo, devendo ser protegido pelo Estado, o qual deve assegurar condições favoráveis e meios de defesa (art. 135); a proibição da greve e do *lock-out*, por serem recursos “antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional” (art. 139); uma organização sindical autoritária, sendo necessário, por exemplo, o reconhecimento do sindicato pelo Estado e a observância do princípio do sindicato único; e a aplicabilidade dos contratos coletivos de trabalho a todos os trabalhadores representados pelas entidades signatárias (art. 137, a).⁷³

No que se refere aos conflitos trabalhistas, foi criado um sistema de resolução judicial. Primeiramente houve a criação da Comissão Mista de Conciliação e Julgamento, podendo apenas os trabalhadores integrantes do sindicalismo oficial nele pleitear. Em 1939, a Justiça do Trabalho foi efetivamente regulamentada pelo Decreto-lei n. 1.237, na medida em que a Constituição de 1937 referiu-se a uma “Justiça do Trabalho”, elevando seu patamar institucional. Somente na Constituição de 1946 é que a Justiça do Trabalho passou a fazer parte do Poder Judiciário.⁷⁴

⁷² DELGADO (2011, p. 110)

⁷³ NETO; CAVALCANTE (2003, p. 31)

⁷⁴ DELGADO (2011, p. 110)

O sistema previdenciário também era corporativo, vinculando-se às áreas profissionais e aos seus respectivos sindicatos oficiais. Inicialmente foram ampliadas e reformuladas as antigas Caixas de Aposentadoria e Pensões. Em 1931, houve uma reforma do sistema, estabelecendo a categoria profissional como parâmetro, criando-se diversos Institutos de Aposentadoria e Pensões, de dimensão nacional, referentes a categorias específicas.⁷⁵

Ao longo da década de 30 até 1943, a legislação profissional e protetiva foi uma das áreas de atuação da política trabalhista do governo. Entre as medidas justralhistas da época destacam-se a regulamentação do trabalho feminino, a fixação da jornada de oito horas para os comerciários e a criação das carteiras profissionais.⁷⁶

Por fim, houve diversas ações para sufocar manifestações contrárias à implementação do modelo trabalhista corporativista e autocrático, tais quais: a Lei de Nacionalização do Trabalho (Decreto n. 19.482/1930), a qual estabeleceu um mínimo de 2/3 de trabalhadores brasileiros entre os assalariados das empresas; incentivos ao sindicalismo oficial, como o exclusivismo de participação nos Institutos de Aposentadoria e Pensão, que se transformou, segundo Mauricio Godinho Delgado, “em expesso monopólio jurídico de organização, atuação e representação sindical”⁷⁷; além de “uma contínua e perseverante repressão estatal sobre as lideranças e organizações autonomistas ou adversas obreiras”⁷⁸.

A legislação trabalhista era extremamente fragmentada e desordenada. Cada profissão tinha sua norma específica. Não havia um sistema. Diante disso, o Governo resolveu reunir as leis de direito individual do trabalho, de direito coletivo do trabalho e de direito processual do trabalho em um diploma só, acrescentando algumas inovações. Promulgou-se, portanto, em 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).⁷⁹

A CLT, mais do que reunir os diplomas do modelo justralhista em voga, “alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria a um *código do trabalho*”⁸⁰.

Tal diploma não foi uma simples coletânea de leis, tal qual argumenta Arnaldo Süssekind:

⁷⁵ DELGADO (2011, pp. 110-111)

⁷⁶ DELGADO (2011, p. 111)

⁷⁷ DELGADO (2011, p. 111)

⁷⁸ DELGADO (2011, p. 111)

⁷⁹ NASCIMENTO (2002, pp. 170-171)

⁸⁰ DELGADO (2011, p. 111)

Cabe assinalar que não seria possível armar um sistema coerente destituído de capítulos imprescindíveis à sua configuração. Existia – por exemplo – uma lei sobre a rescisão do contrato de trabalho (Lei nº 62/35), mas não havia uma lei sobre o contrato de trabalho, dispondo harmoniosamente sobre sua formação, alteração, suspensão e interrupção. O salário, de inquestionável relevância para a aplicação de quase todas as normas jurídicas pertinentes, era objeto de raras e insuficientes disposições inseridas no Código Comercial e no Civil. Demais disto, para a aplicação do novo ordenamento impunha-se a revelação de conceitos e princípios, a título de introdução. Por tudo isto, a CLT, aprovada por decreto-lei, situou-se no plano intermediário entre a simples coletânea de leis e o código.⁸¹

A Constituição de 1946, embora tenha apresentado um cunho social-democrático, conviveu, ainda, com o corporativismo existente na CLT. Nela ficou disposto que “a ordem econômica deve ser organizada conforme princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (art. 145); o direito de greve dos trabalhadores (art. 158); e as convenções coletivas (art. 157, XIII).⁸²

Posteriormente à CLT, surgiram várias leis esparsas para dar vazão às exigências decorrentes do aspecto mutável do universo trabalhista. Diante desse quadro, em 1955 e em 1961, respectivamente, tentou-se revisar a CLT e elaborar um Código do Trabalho e um Código de Processo do Trabalho, mas todos sem sucesso.⁸³

A reformulação da política econômica de 1964 repercutiu sobre as leis trabalhistas, “que passaram a ter um caráter econômico, subordinadas às metas prioritárias, dentre as quais o combate à inflação”.⁸⁴

O advento da Constituição de 1967/69 não trouxe maiores avanços no âmbito dos direitos sociais, todavia tornou obrigatório o voto nas eleições sindicais (art. 166, § 2º), legitimou a arrecadação da contribuição sindical pelos sindicatos (art. 166, § 1º) e ressalvou o direito de greve quanto às hipóteses de serviço público e atividades essenciais (art. 162).⁸⁵

Na esfera infraconstitucional, disciplinou-se o direito de greve por meio da Lei 4.330, de 1964, estabelecendo-se restrições quanto à forma e quanto ao fim do exercício de tal direito. Pela Lei n. 5.107/1966 foi criado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Em 1970, criou-se o Programa de Integração Social (Lei Complementar nº 7) para a regulamentação

⁸¹ SÜSSEKIND (2002, pp. 42-43)

⁸² NETO; CAVALCANTE (2003, p. 33)

⁸³ NASCIMENTO (2002, p. 172)

⁸⁴ NASCIMENTO (2002, p. 172)

⁸⁵ NETO; CAVALCANTE (2003, p. 33)

da participação do trabalhador no desempenho da empresa. E, em 1975, tentou-se mais uma vez revisar a CLT, mas novamente sem sucesso.⁸⁶

Observa-se que, diferentemente de países europeus, o Brasil passou da fase de manifestações incipientes e esparsas direto para a fase da institucionalização, não vivenciando uma “maturação político-jurídica propiciada pela fase da sistematização e consolidação”⁸⁷. Segundo Mauricio Godinho Delgado:

Construindo-se essa institucionalização/oficialização ao longo de um demorado período político centralizador e autoritário (de 1930 a 1945), o ramo trabalhista veio a institucionalizar-se, conseqüentemente, sob uma matriz corporativa e intensamente autoritária. A evolução política brasileira não permitiu, desse modo, que o Direito do Trabalho passasse por uma *fase de sistematização e consolidação*, em que se digladiassem (e se maturassem) propostas de gerenciamento e solução de conflitos no próprio âmbito da sociedade civil, democratizando a matriz essencial do novo ramo jurídico. Afirmando-se uma intensa e longa ação autoritária oficial (pós-1930) sobre um segmento sociojurídico ainda sem uma estrutura e experiência largamente consolidadas (como o sistema anterior a 30), disso resultou um modelo fechado, centralizado e compacto, caracterizado ainda por incomparável capacidade de resistência e duração ao longo do tempo.⁸⁸

Desta forma, o modelo trabalhista corporativista e autoritário não teve modificações substantivas até a Constituição de 1988, à exceção do sistema previdenciário que, nos anos 60, foi dissociado desse modelo trabalhista, sendo extinto os Institutos de Aposentadoria e Pensão das categorias profissionais e havendo a criação de um instituto previdenciário único, o INPS, hoje denominado INSS.⁸⁹

O terceiro período da evolução histórica do Direito Trabalhista brasileiro é a fase denominada por Mauricio Godinho Delgado de “transição democrática”, uma vez que, apesar dos substanciais questionamentos ao modelo do período anterior na Constituinte de 1987/1988, a Constituição de 1988 trouxe avanços e recuos, existindo contradições.⁹⁰

A Constituição Federal de 1988 veio, por fim, modificar, em alguns aspectos, o sistema trabalhista brasileiro. Entre as alterações podemos salientar: a redução da jornada de trabalho para 44 horas/semanais (antes eram 48 horas/semanais); a universalização do sistema do FGTS e o fim da estabilidade decenal; a ampliação da licença maternidade para 120 dias; a criação de licença paternidade de 5 dias e a obrigatoriedade de creches e pré-escolas.

⁸⁶ NASCIMENTO (2002, p. 173)

⁸⁷ DELGADO (2011, p. 111)

⁸⁸ DELGADO (2011, p. 112)

⁸⁹ DELGADO (2011, p. 120)

⁹⁰ DELGADO (2011, pp. 112-113)

Entre os avanços, a nova ordem constitucional estabeleceu o princípio da auto-organização sindical (art. 8, I), não se necessitando mais da prévia autorização do Estado para a criação dos sindicatos; a plena autonomia sindical quanto à sua administração; o incentivo à negociação coletiva como meio de solução de conflitos trabalhistas coletivos; a ampliação do direito de greve e um rol maior de direitos individuais dos trabalhadores (art. 7º, I a XXXIV).

Quanto a essa fase, Amauri Mascaro Nascimento assim a caracteriza:

As ideias que cresceram foram no sentido de dar maior espaço à autonomia privada coletiva, para que, sem prejuízo da função tutelar reservada à lei, mostre-se possível maior atuação das organizações sindicais. Para esse fim, a autocomposição entre os interlocutores sociais é priorizada para que através da mesma promovam os enlaces jurídicos com base nos quais regerão as relações de trabalho. À falta de norma autocomposta, aplicam-se os dispositivos previstos pela lei. Essa modificação permitiu o desenvolvimento de um sistema modelado pelos próprios interlocutores sociais, em condições de se aproximar da realidade multiforme e cambiante sobre a qual atua, o que não foi possível alcançar através da rigidez e da artificialidade da lei.⁹¹

Ao mesmo tempo em que o Brasil passava por seu processo de democratização, tomava força o pensamento estratégico de desarticulação das normas trabalhistas, com a redução dos direitos e garantias laborais.

O fenômeno da globalização acarretou no incremento da concorrência comercial, exigindo “maior produtividade empresarial, melhor qualidade dos produtos e serviços, além da redução dos custos”⁹². Por conta disso, Arnaldo Süssekind registra duas principais consequências no campo empresarial:

1ª) a horizontalização da produção de bens ou serviços, mediante contratação de empresas especializadas em determinados segmentos do respectivo empreendimento (terceirização);

2ª) a ampliação das hipóteses de flexibilização de algumas normas de proteção ao trabalho, iniciada na década de 1980, a partir da Europa Ocidental, com a finalidade de impedir que a crise econômica gerada pelo segundo choque petrolífero acarretasse a extinção de muitas empresas, com reflexo na elevação da taxa de desemprego e no desequilíbrio da economia.⁹³

Essa crise e transição do Direito do Trabalho presente na Europa Ocidental foram sentidas no Brasil posteriormente, na década de 1990, o que é analisado por Maurício Godinho Delgado da seguinte forma:

⁹¹ NASCIMENTO (2002, p. 175)

⁹² SÜSSEKIND (2002, p. 52)

⁹³ SÜSSEKIND (2002, p. 52)

A crise e a transição do Direito do Trabalho, que despontava na Europa Ocidental a partir de meados ou fins da década de 1970, fizeram-se sentir tardiamente no Brasil, ao longo da década de 1990 – em pleno processo de transição democrática desse ramo jurídico instigado pela Constituição de 1988. Essa coincidência temporal de processos – o de democratização, de um lado, e, de outro, o de desarticulação radical do ramo justralhista – torna dramática a presente fase brasileira de crise e transição do Direito do Trabalho.⁹⁴

O aumento do desemprego, a internacionalização da economia e a competitividade entre as empresas propiciaram o movimento de flexibilização do mercado de trabalho e das leis trabalhistas. Por exemplo, a ressalva que se dá ao princípio da irredutibilidade salarial, permitindo a redução salarial em casos de acordo ou convenção coletiva; a não caracterização de vínculo empregatício nas sociedades cooperativas; e a terceirização.⁹⁵

Conforme explica Gabriela Neves Delgado⁹⁶, devido à crise estrutural do Estado Social de Direito, reestruturou-se o Estado Liberal de Direito sob a diretriz do neoliberalismo. Seguindo o novo modelo de Estado, as empresas passaram a adotar um novo modelo de produção, o modelo toyotista, denominado empresa magra ou enxuta, visando ao aumento de seus lucros.

Esse novo modelo caracteriza-se pela precarização do trabalho com diversas formas flexíveis de contratação trabalhista, como a terceirização e a mão-de-obra informal ou “subterrânea”. Há, então, o fortalecimento das ocupações precárias e ilegais, trazendo prejuízos à promoção do valor social do trabalho, impossibilitando a concretização do trabalho digno. A autora assim salienta:

A trajetória de exclusão social e de flexibilização dos contratos de trabalho não permite a manutenção do sentido ético no trabalho, por meio da promoção do valor da dignidade do ser humano.

No esforço dessa verificação, o que se observa é que os trabalhadores que laboram em ocupações ilegais (intermediação de mão-de-obra ou trabalho em condição análoga à de escravo, por exemplo) ou manifestamente flexíveis com parca proteção do sistema justralhista (como é o caso dos trabalhadores terceirizados, por exemplo), se preocupam apenas e tão-somente com a manutenção da vida, no sentido do direito à manutenção de uma sobrevivência mínima. Por essa razão, o trabalho em si não é capaz de promover uma condição de dignidade, o que impossibilita sua caracterização como um trabalho digno.⁹⁷

⁹⁴ DELGADO (2011, p. 114)

⁹⁵ NASCIMENTO (2002, pp. 175-176)

⁹⁶ DELGADO (2008, pp. 563-564)

⁹⁷ DELGADO (2008, pp. 565-566)

Constatam Rosana Baeninger e Neide L. Patarra que a “dinâmica recente do capitalismo, caracterizado pela globalização da produção, que se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e dos padrões de consumo” levou à transformação dos fluxos migratórios internacionais.⁹⁸

Nessa nova organização produtiva, analisam as autoras, apesar da absorção de força de trabalho de alto nível em setores e serviços avançados, houve a expansão de trabalhos não qualificados, que segundo Piore⁹⁹ é um mercado secundário de trabalho, onde normalmente concentram-se os imigrantes. Houve ainda a reorganização das empresas, com o surgimento da terceirização, as chamadas empresas enxutas; o aumento da competitividade entre localidades, configurando as cidades globais e a desconcentração industrial mundial.¹⁰⁰ E concluem:

Assim, em função do crescente volume de imigrantes, das diferenças de capacitação da competitividade e conflitos étnicos, raciais e grupais que as vêm acompanhando, as migrações internacionais contemporâneas são vistas como um problema que tem implicações no âmbito governamental e das políticas sociais.¹⁰¹

Nesse contexto de globalização, o movimento migratório recente que se verifica no Brasil é da entrada de estrangeiros, predominantemente bolivianos e colombianos. Devido à condição de irregularidade que envolve a entrada e permanência desses migrantes é difícil ter dados exatos. No entanto, nos cadastros do Departamento da Polícia Federal existiam, em 1995, 762.617 pessoas com vistos permanentes, 94.525 com vistos temporários e 67.843 com registros provisórios, totalizando quase um milhão de pessoas cadastradas.¹⁰²

Conforme o Centro de Estudos Migratórios de Porto Alegre, em 1990, havia no Brasil cerca de cinco milhões de latinos, grande parte vivendo em situação irregular. Segundo Rosana Baeninger e Neide L. Patarra, “há indícios que parcela considerável da entrada clandestina recente seja de mulheres, dirigindo-se à cidade de São Paulo, onde, ocultamente, chegam a trabalhar 18 horas por dia para a indústria moderna, principalmente de confecções”.¹⁰³

Essas indústrias de confecções são administradas predominantemente por coreanos, que formam uma comunidade de mais de 250 mil pessoas na cidade de São Paulo.¹⁰⁴

⁹⁸ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 81)

⁹⁹ PIORE *apud* BAENINGER; PATARRA (1995, p. 81)

¹⁰⁰ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 81)

¹⁰¹ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 82)

¹⁰² BAENINGER; PATARRA (1995, p. 85)

¹⁰³ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 85)

¹⁰⁴ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 85)

No âmbito da América Latina, Rosana Baeninger e Neide L. Patarra expõem que:

A desigualdade entre países é cada vez mais acirrada, resultando num crescente volume de deslocamentos populacionais que, hoje, não estão mais circunscritos apenas às áreas de fronteiras nacionais, mas que já podem ser caracterizados como *transfronteiriços*, envolvendo, inclusive, movimentos migratórios entre as regiões metropolitanas que compõem o MERCOSUL.¹⁰⁵

As autoras constataam que “a *migração internacional e clandestina* parece constituir o tipo de movimento específico dessa nova etapa do capitalismo”. Essa nova configuração gera problemas específicos, “que dizem respeito às condições de vida desses migrantes nos países de destino, geralmente inseridos no mercado secundário de trabalho, e à complexidade das questões étnicas, econômicas e políticas”.¹⁰⁶

3. A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES: AVALIAÇÃO JURÍDICO-INTERNACIONAL

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Neste item será examinada a regulamentação jurídico-internacional das migrações de trabalhadores no século XX. Tal qual salientado por Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes¹⁰⁷, a matéria deve ser compreendida segunda as transformações econômicas mundiais, uma vez que há uma correlação entre a conjuntura econômica e os interesses dos países dominantes.

Com a globalização, avalia Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes:

Surge o desafio de contextualizar o regime jurídico das migrações a essa nova realidade tecnológica e econômica. Mas no âmbito desse estudo, o desafio não se resume à ‘contextualização’ do Direito aos interesses econômicos dominantes. A visibilização destas contingências históricas pretende, ao contrário de legitimar a dominação da economia sobre as sociedades mundiais, resgatar a prevalência dos direitos humanos sobre os interesses deslocalizados e descomprometidos do poder econômico.¹⁰⁸

Primeiramente, vale ressaltar que na maioria das legislações nacionais e internacionais imigração não é definida como um direito, pois “existe o interesse de consagrar

¹⁰⁵ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 86)

¹⁰⁶ BAENINGER; PATARRA (1995, p. 86)

¹⁰⁷ LOPES (2009, p. 217)

¹⁰⁸ LOPES (2009, p. 217)

que *direito* ela *não é*”¹⁰⁹, prevalecendo a soberania sobre a autodeterminação individual. No direito internacional, portanto, é reconhecido fragmentos do ato de migrar: liberdade de ir e vir e de circular.¹¹⁰

Embora na virada do século XX vários países tenham dispensado o uso do passaporte, inclusive o Brasil, reconhecendo-se amplamente a liberdade de ir e vir, a partir da primeira Guerra Mundial a soberania nacional tomou força. Consolidou-se, então, a figura jurídica do passaporte, a obrigatoriedade de visto para entrar nos países estrangeiros, a criação de taxas alfandegárias e restrições à imigração. Essa rigidez, contudo, passou a ser flexibilizada por meio de acordos internacionais, geralmente bilaterais.

Quanto à soberania estatal para a adoção de normas sobre a admissão de estrangeiros em território nacional, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes faz a seguinte análise:

Teóricos do Direito Internacional afirmavam que ‘todo Estado soberano pode regular as questões de admissão e expulsão de estrangeiros, de maneira que considerar conveniente’. Claro que essa afirmação necessitava ser temperada porque a soberania de um Estado poderia colidir com a de outro. Assim, mesmo nessa fase de exacerbação da soberania, a ‘conveniência de cada país’ não poderia ser absoluta. Agora, a antinomia já não se situava entre individual vs. coletivo, mas entre a soberania interna e a *comunidade das nações*, bastante abalada pela sombra da guerra. Por isso, foi-se assentando em cada *Estado soberano* o dever de adotar regras sobre a admissão de estrangeiros em seu território, ainda que de forma restritiva; pois a recusa deliberada em admitir estrangeiros poderia ser interpretada como ofensa ou hostilidade a um outro país soberano.¹¹¹

A tendência, hoje, é o regime de liberdade de circulação nos blocos econômicos regionais, tal qual acontece na União Européia. No entanto, a “formação de blocos regionais não soluciona a necessidade de um direito internacional em matéria de migrações, pois enquanto o mundo for dividido em ‘blocos regionais’ haverá a possibilidade, ao menos teórica, de que pessoas de países que não pertencem ao bloco imigrem para tal bloco”¹¹².

Observa-se, no entanto, que, se por um lado tais acordos permitem a liberdade de circulação, por outro, restringe-se o direito ao livre assentamento, o direito à imigração, conforme afirma Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes:

O caminho dos acordos multilaterais ou da *confederalização*, da qual a União Européia é o melhor exemplo (pelo seu adiantado nível de evolução), permitiu uma liberalização da circulação internacional dirigida a Estados específicos e condicionada à reciprocidade,

¹⁰⁹ LOPES (2009, p. 218)

¹¹⁰ LOPES (2009, p. 218)

¹¹¹ LOPES (2009, p. 221)

¹¹² LOPES (2009, p. 255)

ampliando fronteiras sem, no entanto e de maneira nenhuma, extingui-las. Assim, a história atual percebe uma clara cisão entre liberdade de circulação e o direito ao livre assentamento (direito à imigração); amplificando-se a primeira e restringindo-se a segunda, ainda que ao custo de praticar atos de discriminação, como o ato de barrar a entrada de turistas em um determinado país sob alegação de que existem ‘suspeitas’ de que o turista em questão pretender imigrar. Essas suspeitas baseiam-se notavelmente em fatores como nível de renda, cor de pele e origem nacional.¹¹³

A migração é um fato e um fenômeno sociológico, desta forma precisa de regulamentação para que os diversos interesses e necessidades que giram em torno dessa realidade sejam atendidos, tais quais os direitos humanos, a reciprocidade entre países, a paz internacional, bem como os interesses econômicos, como a prevenção da concorrência desleal entre Estados. Órgãos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização das Nações Unidas (ONU), foram criados para fomentar essas questões.¹¹⁴ A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) também já se pronunciou expressamente a esse respeito.

Diversos são os diplomas internacionais que tratam da questão migratória. Todavia, a fim de se ater ao tema deste trabalho, adiante serão analisados os diplomas internacionais mais pertinentes à matéria relativa aos direitos trabalhistas dos imigrantes, os quais têm, entre outras finalidades, “incrementar a cooperação internacional visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e à harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social”¹¹⁵.

3.2. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é a “coroação do paradigma da modernidade, da razão iluminista e do seu consequente projeto de *vida digna*”¹¹⁶, consagrando “princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, sendo considerada fonte de máxima hierarquia no Direito”¹¹⁷.

É o emblemático instrumento normativo internacional que consagra o princípio da não discriminação. No seu art. I declara que “*todos os seres humanos* nascem livres e iguais

¹¹³ LOPES (2009, p. 222)

¹¹⁴ LOPES (2009, p. 223)

¹¹⁵ SÜSSEKIND (2002, p. 60)

¹¹⁶ LOPES (2009, p. 237)

¹¹⁷ DELGADO (2010, p. 340)

em dignidade e em direitos”. E em seu art. VII estabelece que “*todos* são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei” e “*todos* têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

A Declaração ainda consagra tal princípio no âmbito do Direito do Trabalho em seu art. XXIII ao assentar que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego” e “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual”.

Os seres humanos, independentemente de sua raça, religião, sexo, cor ou nacionalidade, possuem direitos iguais perante a lei e devem ser tratados com igual dignidade, consideração e respeito.

Quanto à migração, o art. XIII declara que “toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”. Afirma-se, então, que o artigo não prevê o direito de fixar residência fora das fronteiras do país de nacionalidade de determinada pessoa. Esse artigo ainda estabelece que “toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”, ou seja, fixa-se o direito de circulação (sair de um país para fazer negócio ou turismo e retornar).

Observa-se, portanto, que “a *liberdade de estabelecimento* em um país diverso do da nacionalidade não é um direito reconhecido para o *ser humano*. É apenas uma reivindicação”¹¹⁸. Há um direito humano à emigração, mas não à imigração. Estudiosos do fenômeno das migrações questionam esse não reconhecimento da liberdade individual de ‘buscar em outra parte do planeta o bem-estar que não se encontra em casa’. E tal paradoxo se manteve no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos.¹¹⁹

Enquanto que o direito à emigração foi impulsionado pela liberdade de ir e vir, o direito à imigração esbarra na oposição entre a ideia de liberdade de deslocamento e estabelecimento e a soberania estatal.¹²⁰

Apesar desse aspecto paradoxal em termos de movimentos migratórios, deve-se reconhecer a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem para a consagração dos direitos humanos dos trabalhadores, os quais, segundo Arnaldo Süssekind, “devem ser

¹¹⁸ LOPES (2009, p. 238)

¹¹⁹ LOPES (2009, p. 239)

¹²⁰ LOPES (2009, p. 239)

observados pela comunidade mundial como direitos supraestatais, independentemente de figurarem em tratados ratificados pelos países”¹²¹.

Conforme defendido por Arnaldo Süssekind¹²², tais direitos humanos dos trabalhadores, dito pelo autor como fundamentais¹²³, são revelados nos artigos dedicados aos direitos sociais trabalhistas, os quais dispõem:

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV

¹²¹ SÜSSEKIND (2002, p. 62)

¹²² SÜSSEKIND (2002, p. 62)

¹²³ Apresenta-se na doutrina a discussão quanto à diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Não será possível, no presente trabalho, discorrer a respeito de forma detalhada. No entanto, frisa-se que será adotada a posição de José Claudio Monteiro de Brito Filho. Desta forma, o autor, adotando a distinção de Fábio Konder Comparato, para o qual os direitos fundamentais são os direitos humanos ‘consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas’, faz a seguinte observação: “direitos fundamentais devem ser considerados como os reconhecidos pelo Estado, na ordem interna, como necessários à dignidade da pessoa humana”. Desta forma, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais podem não coincidir, assim como alguns direitos podem ser reconhecidos como fundamentais em um Estado e em outro não. Como exemplo, pode-se citar o acréscimo de 1/3 na remuneração de férias e o 13º salário, ambos consagrados como direitos fundamentais dos trabalhadores pela Constituição Federal brasileira (art. 7º, XVII e VIII, respectivamente), que somente no Brasil podem ser considerados como desdobramentos do direito a justas condições de trabalho. BRITO FILHO (2004, p. 35)

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

No entanto, cabe ressaltar, que a Declaração não esgota o rol de direitos que devem ser assegurados a todos os trabalhadores pelos Estados. Eles também são encontrados nas Convenções da OIT, que tem como “meta internacional estratégica”¹²⁴, atualmente, a garantia do trabalho digno.

José Claudio Monteiro de Brito Filho¹²⁵, ao discorrer sobre os direitos mínimos que devem ser reconhecidos ao homem-trabalhador para que se possa falar em trabalho decente, afirma que a ideia global de trabalho decente só se sustenta se entender-se possível a universalidade dos Direitos Humanos, ou seja, “de que existem direitos que devem ser respeitados por todos os estados, por todos os povos, em todos os lugares”.¹²⁶

O autor, portanto, defende a “necessidade de ter uma ordem mundial a respeito de direitos humanos, com determinados direitos e valores sendo de observância obrigatória em qualquer lugar do globo”, ressaltando, no entanto, que “tais direitos não serão, necessariamente, todos os definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, até porque nela, resta claro,

¹²⁴ A autora explica que o trabalho digno é, hoje, “meta internacional estratégica” da OIT, devido a sua importância para “a redução da pobreza e para o alcance de um desenvolvimento inclusivo, equitativo e sustentável”. ANDRADE (2012, p. 27)

¹²⁵ O autor, em sua obra sobre trabalho decente, quando fala em Direitos Humanos, refere-se “ao conjunto mínimo de direitos que permitam ao homem viver com dignidade”, utilizando-se, portanto, a dignidade como parâmetro para se “definir o que deve ser considerado como integrante dos Direitos Humanos”. Portanto, para fixar quais são os direitos mínimos que devem assegurados para a caracterização do trabalho decente, tem por base esse conjunto mínimo (os Direitos Humanos) aplicado ao homem-trabalhador, pois somente o trabalho sob essas condições mínimas preservará a dignidade do trabalhador. Com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o autor lista como direitos mínimos do homem-trabalhador (para a caracterização do trabalho decente): o direito ao trabalho; a liberdade de escolha do trabalho; a igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho; o direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador; o direito a uma justa remuneração; direito a justas condições de trabalho, principalmente limitação da jornada de trabalho e existência de períodos de repouso; a proibição do trabalho infantil; a liberdade sindical; a proteção contra o desemprego e outros riscos sociais. O autor conclui que “negar o trabalho nessas condições, dessa feita, é negar os Direitos Humanos do trabalhador, e, portanto, atuar em oposição aos princípios básicos que os regem, principalmente o maior deles, a dignidade da pessoa humana”. BRITO FILHO (2004, pp. 33-62) O termo trabalho decente referido pelo autor é a tradução da expressão *decent work* utilizada pela OIT. Diante do que significa tal termo, a melhor tradução seria trabalho digno.

¹²⁶ BRITO FILHO (2004, p. 35)

alguns direitos são próprios das sociedades que compõem o chamado mundo ocidental e, outros, de forma mais restrita, ainda, concernentes ao modo capitalista de produção”.¹²⁷ E conclui:

Há uma ordem internacional para os direitos humanos, isso é um fato e uma necessidade. Ela, entretanto, deve ser estabelecida em cima de uma pauta mínima, que possa ser tida efetivamente como universal, e necessária à preservação da dignidade da pessoa humana, que é a base, entendemos, da construção de qualquer pensamento a respeito de Direitos Humanos. Essa ordem, todavia, deve ser, em certos aspectos, dotada de flexibilidade suficiente para respeitar a adoção, em culturas distintas, de modos distintos de viabilizar direitos.¹²⁸

Entre os Direitos Humanos há os direitos específicos dos trabalhadores. A Declaração Universal dos Direitos Humanos vem, por sua vez, dispor, nos artigos XXIII e XXIV, sobre alguns desses direitos mínimos (direitos humanos) do trabalhador. Não há, portanto, o esgotamento desse rol de direitos, pois, embora não esteja incluído expressamente na Declaração “o direito ao trabalho que preserve a saúde do trabalhador e que possa ser prestado com segurança”, por exemplo, deve ser inserido entre os direitos mínimos que caracterizam o trabalho decente. A Declaração “fornece, entretanto, a ideia básica do que é o conjunto mínimo de direitos dos trabalhadores”.¹²⁹

Em suma, se, por um lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta aspectos paradoxais quanto aos movimentos migratórios, por outro, consagra alguns dos direitos humanos que devem ser assegurados a todos os trabalhadores, sem qualquer discriminação, por todos os países. Direitos que compõem o rol das mínimas condições de trabalho exigidas para a caracterização do trabalho digno, ou seja, um trabalho que respeite a dignidade do trabalhador.

3.3. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919 pela Conferência da Paz, que resultou no Tratado de Versalhes, o qual pôs fim à Primeira Guerra Mundial.

¹²⁷ BRITO FILHO (2004, p. 40)

¹²⁸ BRITO FILHO (2004, p. 41)

¹²⁹ BRITO FILHO (2004, pp. 50-51)

Em 1944, sua Constituição¹³⁰ foi alterada pela Convenção da Filadélfia. No preâmbulo observa-se uma preocupação política, humanitária e econômica.¹³¹ No terceiro tópico percebe-se a preocupação com os direitos dos trabalhadores imigrantes, tal qual ressaltado por Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes:

O terceiro *consideranda* do preâmbulo da Constituição da OIT ressalta a importância de uma ordem jurídica internacional estabelecer direitos mínimos aos trabalhadores, de modo a garantir-lhes a dignidade e assim solucionar vários dos problemas mundiais, dentre eles a questão da imigração indesejada.

A preocupação com ‘os trabalhadores empregados no estrangeiro’ e a preocupação com a necessidade de que todas as nações melhorem a sorte dos trabalhadores são os fundamentos que justificam a atenção da OIT, já nos primeiros anos de sua função, a questões atinentes à imigração. Com efeito, antes mesmo da criação da ONU e do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a OIT já havia se debruçado sobre o tema e estabelecido duas Convenções Internacionais, de nº 19 e 97. E não foi só. Em 1975 o tema retornou à baila com o advento da Convenção 143.¹³²

Na Declaração da Filadélfia, de 1944, também foram arrolados os quatro princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho.

O primeiro princípio proclama que “o trabalho não é uma mercadoria”, afirmando-se o valor trabalho digno na economia capitalista como uma das bases da democracia social, o que exige que o direito ao trabalho seja minimamente assegurado.¹³³

O segundo princípio manifesta “a liberdade de expressão e de associação como condições indispensáveis a um progresso ininterrupto”, uma vez que “firma a participação de toda a sociedade no Estado Democrático de Direito, garantindo a manifestação franca do pensamento e a larga possibilidade associativa no país”¹³⁴.

O terceiro princípio fundamental dispõe que “a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral”. Gabriela Neves Delgado analisa esse princípio da seguinte forma:

A pobreza extrema e a exclusão social violam a dignidade da pessoa humana. Um das alternativas para diminuir as desigualdades sociais se dá pela efetivação e generalização do Direito do Trabalho, por ser ele ‘o mais generalizante e consistente instrumento

¹³⁰ CONSTITUIÇÃO DA OIT. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acesso em 19 de janeiro de 2013. O Brasil ratificou o instrumento de emenda da Constituição da OIT em 13 de abril de 1948, por meio do Decreto nº 25.696/1948.

¹³¹ LOPES (2009, pp. 223-224)

¹³² LOPES (2009, p. 225)

¹³³ DELGADO (2010, p. 340)

¹³⁴ DELGADO (2010, p. 340)

assecuratório de efetiva cidadania, no plano socioeconômico, e de efetiva dignidade, no plano individual’.¹³⁵

O quarto princípio fundamental do Direito Internacional do Trabalho, por sua vez, estabelece que “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade com os do Governo, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”, assentando-se a estratégia do “diálogo social” ou “tripartismo”.¹³⁶

Diante do consolidado pelo primeiro e pelo terceiro princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho, conclui-se que a ausência de uma proteção mínima do direito ao trabalho dos trabalhadores imigrantes e sua exclusão social, sejam documentados ou não, ofendem tais princípios, violando o valor trabalho digno e a dignidade da pessoa humana. E é por meio da efetivação do Direito do Trabalho que será possível a diminuição das desigualdades e discriminações existentes nos Estados, a fim de se alcançar a prosperidade geral.

Vale ressaltar que, em 1998, na 86ª Conferência Internacional do Trabalho, foi elaborada a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (Declaração de 1998), na qual se enfatiza, em razão da posição especial que os direitos humanos básicos dos trabalhadores ocupam, “que todos os estados-membros estão obrigados a respeitá-los, promovê-los e efetivá-los, pelo único motivo de se terem ratificado as Convenções da Organização que tratam do assunto”¹³⁷.

Pode-se afirmar, nos termos de Arnaldo Süssekind, que “a obra empreendida pela OIT constitui a parte mais ampla e fecunda do Direito Internacional do Trabalho”¹³⁸. Suas normas são um dos meios pelo qual a Organização realiza seus objetivos e valores enunciados na sua Constituição e na Declaração da Filadélfia.¹³⁹

Pertinente, portanto, a análise das duas principais Convenções da OIT referentes aos trabalhadores migrantes: a Convenção nº 97 e a Convenção nº 143.

3.3.1. CONVENÇÃO Nº 97 DA OIT

¹³⁵ DELGADO (2010, p. 341)

¹³⁶ DELGADO (2010, p. 341)

¹³⁷ DELGADO (2010, p. 341)

¹³⁸ SÜSSEKIND (2002, p. 60)

¹³⁹ ANDRADE (2012, p. 35)

A Convenção nº 97 da OIT foi uma revisão da Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes, 1939, sendo denominada Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (revista), 1949.

Em 1965, o Brasil ratificou-a, entrando em vigor em 1966, sendo promulgada pelo Decreto nº 58.819/66.

O art. 11 da convenção assim define o termo “trabalhador migrante”:

Art. 11. Para os fins da presente Convenção, o termo «trabalhador migrante» designa uma pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria; inclui todas as pessoas admitidas regularmente na qualidade de trabalhador migrante.

A presente Convenção não se aplica:

- a) Aos trabalhadores fronteiriços;
- b) À entrada, por um curto período, das pessoas exercendo uma profissão liberal e de artistas;
- c) Aos trabalhadores do mar.

A convenção prevê a igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores migrantes regulares e trabalhadores nacionais quanto a questões de remuneração, jornada de trabalho, trabalho infantil e de mulheres, seguridade social, entre outros direitos previstos na legislação trabalhista do país receptor. O art. 6º determina expressamente a aplicação, sem discriminação de nacionalidade, de raça, de religião ou de sexo, aos imigrantes que se encontrem legalmente no país de um tratamento que não seja menos favorável que aquele que é aplicado aos nacionais.

Observa-se que nessa Convenção não há referência aos trabalhadores em situação irregular. Conforme ressalta Pedro Augusto Gravatá Nicoli:

A Convenção n. 97 deu significativo passo em direção a proteção do imigrante, vez que normatizou expressamente a igualdade de tratamento do estrangeiro que adentra regularmente outro país para trabalhar. Apesar de não enfrentar a questão do imigrante em condição de irregularidade (que, na atualidade, constitui a maior chaga da questão migratória), erigiu as diretrizes fundamentais do tratamento do trabalhador imigrante, que, mais tarde, geraram outros diplomas internacionais (como a Convenção da ONU de 1990), além de recomendações, políticas e debates.¹⁴⁰

Os Estados-Membros obrigam-se a prever serviços médicos apropriados aos trabalhadores migrantes e aos membros de suas famílias. Bem como se comprometem a ter um

¹⁴⁰ NICOLI (2010, p. 66)

serviço gratuito de fornecimento de informações exatas e a tomar medidas apropriadas contra a propaganda enganosa relativa à emigração ou imigração.

A convenção prevê a punição daqueles que promovem a imigração clandestina, mas não dispõe sobre os efeitos do trabalho irregular. “Afirma a imigração como um meio para potencializar o pleno emprego em nível mundial, colaborando para diminuir déficit internacional entre oferta e demanda de emprego”¹⁴¹.

3.3.2. CONVENÇÃO Nº 143 DA OIT

A Convenção nº 143 da OIT, de 1975, é uma convenção que complementa a convenção sobre os trabalhadores migrantes (revista), de 1949, e a convenção sobre a discriminação (emprego e profissão), de 1958, sendo denominada “Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementares)”, de 1975. Tem por objetivo atualizar as Convenções nº 97 e nº 111, pois se acredita “que as disposições da Convenção 97 (sobre migrações) não abarcam a problemática que decorre do crescimento desordenado de movimentos migratórios, do tráfico de mão-de-obra e da busca do pleno emprego”¹⁴², bem como a Convenção 111 não abrange as distinções por motivo de nacionalidade.

A Convenção nº 143 é dividida em duas partes: a primeira parte diz respeito às migrações em condições abusivas (do art. 1º ao 9º) e a segunda da igualdade de oportunidades e de tratamento (do art. 10º ao 14º). Pela primeira vez, especificamente na primeira parte, uma convenção da OIT trata das imigrações irregulares, prevendo, inclusive, sanções administrativas, civis e penais quanto ao emprego ilegal de trabalhadores migrantes. Os Estados-Membros comprometem-se a respeitar os direitos fundamentais do homem de *todos* os trabalhadores migrantes (art. 1º), ou seja, independentemente de sua situação de regularidade o trabalhador estrangeiro deve ter seus direitos fundamentais amplamente protegidos. No entanto, é facultado ao Estado que ratifique essa convenção excluir da sua aplicação uma dessas partes por meio de uma declaração anexa à sua ratificação (art. 16º).

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes assim avalia a respectiva convenção:

¹⁴¹ LOPES (2009, pp. 227-228)

¹⁴² LOPES (2009, p. 230)

A Convenção 143 enfrenta pela primeira vez o problema das imigrações irregulares. Preconiza que se deve privilegiar a *regularização* do trabalhador em condições ilegais. Estabelece o dever de punição, não só para os traficantes de mão de obra, mas também para os empregadores que empregarem trabalhadores em condições ilegais (art. 3º), bem como a colaboração internacional para a efetivação das punições (art. 4º). Ademais, em caso de ilegalidade, garante ao trabalhador o *direito de não ser considerado ilegal pela simples perda de seu emprego* (art. 8º), e que, **na impossibilidade de regularização de sua situação, sejam-lhe garantidos os direitos decorrentes de empregos anteriores, no que diz com a remuneração, seguridade social e outras vantagens** (art. 9º). Em caso de expulsão do trabalhador ou da sua família, estes não deverão custeá-la.¹⁴³ (sem grifos no original)

Observa-se que o art. 9º garante ao migrante, mesmo em situação irregular, tratamento igual no que diz respeito aos direitos decorrentes da prestação de trabalho. “Assim, o trabalhador migrante ilegal, mesmo sem que sua situação migratória possa ser regularizada, tem direito de se beneficiar de todos os direitos trabalhistas, devendo ter, inclusive, pleno acesso à justiça no caso de sonegação desses direitos”¹⁴⁴.

Conforme menciona Rodrigo de Lacerda Carelli, a OIT busca, por meio dessa convenção, “a devida e igual proteção, pelo menos quanto a direitos fundamentais, a todos os trabalhadores do mundo, sendo para este mister necessários tanto o controle da migração quanto a concessão de direitos ao migrante”¹⁴⁵.

Ao realizar uma análise sistemática do art. 1º e 9º do diploma, Pedro Augusto Gravatá Nicoli conclui que:

O tratamento da imigração irregular passa a ser tomado muito mais como uma questão de proteção aos direitos da pessoa humana do que como uma pauta puramente de segurança nacional. Frise-se, entretanto, que a Convenção não perde a dimensão do controle migratório, por exemplo, ao estabelecer que os Estados devem tomar medidas ‘a fim de suprimir as migrações clandestinas e o emprego ilegal de migrantes’ (art. 3º, ‘a’ da Convenção). A perspectiva baseada em direitos, contudo, dá a tônica do instrumento e revela uma postura bastante clara no sentido de proteger o trabalho prestado pela pessoa do imigrante. [...] **a Convenção entende a proteção trabalhista como um direito irrenunciável da pessoa humana, que não restará prejudicado em face da condição de irregularidade migratória. Esta diretiva é resultado de um processo internacional de assentamento das bases da proteção ao imigrante.**¹⁴⁶ (sem grifos no original)

¹⁴³ LOPES (2009, pp. 231-232)

¹⁴⁴ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Trabalho do estrangeiro no Brasil**. Boletim do CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade. Março de 2007. Disponível em <http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/cidadaniatrabalho/trabalho%20do%20estrangeiro%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em 26 de março de 2012.

¹⁴⁵ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Trabalho do estrangeiro no Brasil**. Boletim do CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade. Março de 2007. Disponível em <http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/cidadaniatrabalho/trabalho%20do%20estrangeiro%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em 26 de março de 2012.

¹⁴⁶ NICOLI (2010, pp. 68-69)

Entretanto, as disposições dos artigos 8º e 9º têm sido violadas, pois os países vêm adotando medidas no sentido de “limitar a imigração ou impor um sistema de temporalidade”¹⁴⁷. Conforme avalia Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, atualmente a tendência é a seguinte:

Penalizar com a deportação ao trabalhador que perde o emprego ou que trabalha em condições irregulares, mesmo ao custo de facilitar ao máximo o abuso por parte do empregador, já que o trabalhador tem sua entrada no país condicionada à manutenção de determinada vínculo de emprego. Ora, é fácil deduzir que a perda do emprego pelo trabalhador, caso ensejasse a cassação de seu visto do trabalho ou de residência, inviabilizaria qualquer reclamação por melhores condições de trabalho ou pelo devido cumprimento do contrato de trabalho (por exemplo, o pagamento de salários em dia). Ainda que formalmente também estejam previstas penalidade para os empregadores, diante das relações de poder manifestamente desiguais, pode-se prever que tal disciplina jurídica constitui um incentivo à rotatividade da mão-de-obra ilegal, o que por sua vez atrai novos imigrantes. Se o empregador não for obrigado a pagar verbas decorrentes do contrato de trabalho, acudirá a outro imigrante para exercer o mesmo serviço, de preferência nas mesmas condições precárias e ilegais.¹⁴⁸

A Convenção nº 143 estabelece que os Estados-Parte devem tomar medidas para a concretização do princípio da não discriminação (art. 12º). Além disso, procura preservar a união familiar.

Apesar da defesa do princípio da não discriminação, o art. 14º da Convenção estabelece certas restrições ao trabalho do imigrante, as quais devem ser interpretadas restritivamente, impondo alguns limites, como a restrição ao acesso de determinadas funções devido ao interesse estatal.

Infelizmente, o Brasil ainda não aderiu à Convenção nº 143, portanto, tal convenção não é um instrumento formalmente cogente no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴⁹ Mas vale ressaltar que, em 2008, a Comissão Tripartite de Relações Internacionais aprovou o encaminhamento da convenção para a ratificação no Congresso Nacional, representando um avanço na implementação da Agenda do Trabalho Decente no Brasil.¹⁵⁰

¹⁴⁷ LOPES (2009, p. 232)

¹⁴⁸ LOPES (2009, p. 233)

¹⁴⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. ESCRITÓRIO NO BRASIL. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em 24 de janeiro de 2013.

¹⁵⁰ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/imprensa/ministerio-encaminha-a-convencao-n-143-da-oit-para-ratificacao.htm>. Acesso em 27 de março de 2012.

3.4. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1990 e só entrou em vigor em 1º de julho de 2003.

Apesar de ser considerada uma das mais importantes convenções sobre direitos humanos, foi a que mais demorou a entrar em vigor e nenhum país receptor de imigrantes ratificou-a. O Brasil, inclusive, é o único do MERCOSUL que não ratificou a convenção, embora tenha assumido, no Plano Nacional de Direito Humanos, de 1996, o compromisso político de ratificá-la. Em dezembro de 2008, o Conselho Nacional de Imigração do Ministério do Trabalho e Emprego editou a Resolução Recomendada nº 10, recomendando ao Ministério das Relações Exteriores a promoção da adesão do Brasil à Convenção em estudo, com vistas a sua ratificação.¹⁵¹

Observa-se o desinteresse por parte dos países receptores de imigrantes em garantir direitos a essa categoria de pessoas. A resistência tem sido não apenas na instituição de “novos direitos”, mas na concretização de direitos já consagrados em outros instrumentos internacionais.¹⁵²

Para Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes “a convenção é importante por estabelecer uma codificação universal dos direitos dos trabalhadores migrantes no âmbito da ONU, mais atualizada que as convenções da OIT”¹⁵³.

Pode-se dizer que é o diploma internacional mais significativo quanto à proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, em especial dos trabalhadores indocumentados ou em situação irregular, uma vez que assegura uma existência digna independente da condição de regularidade migratória. Do preâmbulo da Convenção se extrai as premissas que justificam tal normatização:

¹⁵¹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BED97F6712509/Resolução%20Recomendada%20Nº%2010,%20de%2003%2012%202008.pdf>. Acesso em 27 de março de 2012.

¹⁵² LOPES (2009, p. 241)

¹⁵³ LOPES (2009, p. 242)

Considerando que os problemas humanos decorrentes das migrações são ainda mais graves no caso da migração irregular e convictos, por esse motivo, de que se deve encorajar a adoção de medidas adequadas a fim de prevenir e eliminar os movimentos clandestinos e o tráfico de trabalhadores migrantes, assegurando ao mesmo tempo a proteção dos direitos humanos fundamentais destes trabalhadores;

Considerando que os trabalhadores indocumentados ou em situação irregular são, frequentemente, empregados em condições de trabalho menos favoráveis que outros trabalhadores e que certos empregadores são, assim, levados a procurar tal mão de obra a fim de beneficiar da concorrência desleal.

Vale ressaltar que, conforme dito no início do preâmbulo¹⁵⁴, esta convenção tem por base os princípios enunciados nos instrumentos básicos das Nações Unidas relativos aos direitos humanos, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, bem como leva em conta as normas e princípios estabelecidos em instrumentos elaborados pela OIT, como a Convenção nº 97 e a Convenção nº 143.

Inicialmente, em seu art. 1º, item 1, é assim disposto:

Salvo disposição em contrário constante do seu próprio texto, a presente Convenção aplica-se a todos os trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias sem qualquer distinção, fundada nomeadamente no sexo, raça, cor, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou outra situação.

Em seguida é definido o termo “trabalhador migrante” (art. 2º, item 1), o qual designa “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional”. Além de especificar outras expressões que dizem respeito a categorias específicas de trabalhadores migrantes, como “trabalhador fronteiriço” e “trabalhador itinerante”.

¹⁵⁴ “Os Estados Partes na presente Convenção, tendo em conta os princípios enunciados nos instrumentos básicos das Nações Unidas relativos aos direitos humanos, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção sobre os Direitos da Criança; tendo igualmente em conta as normas e princípios estabelecidos nos instrumentos pertinentes elaborados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, em particular a Convenção relativa aos Trabalhadores Migrantes (nº 97), a Convenção relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes (nº 143), a Recomendação relativa à Migração para o Emprego (nº 86), a Recomendação relativa aos Trabalhadores Migrantes (nº 151), a Convenção sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório (nº 29) e a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado (nº 105); [...]” CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>. Acesso em 22 de janeiro de 2013.

A segunda parte da convenção diz respeito especificamente a não discriminação em matéria de direitos, estabelecendo que os Estados-Parte comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na convenção a todos os trabalhadores migrantes e seus familiares que se encontrem no seu território e sujeitos a sua jurisdição, sem qualquer distinção.

Na terceira parte (do artigo 8º ao 35º) é elencada uma série de direitos humanos dos trabalhadores migrantes, direitos estes que independem da sua situação jurídica, reafirmando o princípio da não-discriminação, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade humana, direito de sair e regressar ao próprio País, direito à liberdade, não submissão à escravidão ou trabalhos forçados, entre outros.

Vale ressaltar a proteção trabalhista prevista no art. 25, dando-se destaque ao item 3 do dispositivo:

1. Os trabalhadores migrantes devem beneficiar de um tratamento não menos favorável que aquele que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição e:

a) Outras condições de trabalho, como trabalho suplementar, horário de trabalho, descanso semanal, férias remuneradas, segurança, saúde, cessação da relação de trabalho e quaisquer outras condições de trabalho que, de acordo com o direito e a prática nacionais, se incluam na regulamentação das condições de trabalho;

b) Outras condições de emprego, como a idade mínima para admissão ao emprego, as restrições ao trabalho doméstico e outras questões que, de acordo com o direito e a prática nacionais, sejam consideradas condições de emprego.

2. Nenhuma derrogação é admitida ao princípio da igualdade de tratamento referido no nº 1 do presente artigo nos contratos de trabalho privados.

3. Os Estados Partes adotam todas as medidas adequadas a garantir que os trabalhadores migrantes não sejam privados dos direitos derivados da aplicação deste princípio, em razão da irregularidade da sua situação em matéria de permanência ou de emprego. De um modo particular, os empregadores não ficam exonerados do cumprimento de obrigações legais ou contratuais, nem as suas obrigações serão de modo algum limitadas por força de tal irregularidade. (sem grifos no original)

Essa Convenção da ONU, diferentemente dos outros diplomas analisados, além de enumerar diversos direitos, institui, em sua sétima parte, um Comitê com o objetivo de examinar sua aplicação e estabelece mecanismos de resolução de litígios. Nesse sentido, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes elenca três motivos que tornam essa convenção especialmente relevante, concluindo:

A Convenção da ONU efetivamente estabelece um marco mínimo de direitos para os trabalhadores imigrantes, especialmente relevante por três motivos: a) estabelece expressamente que os trabalhadores não poderão sofrer restrições no que diz a uma série de direitos definidos como ‘direitos humanos’ (neles estão incluídos os direitos decorrentes das relações laborais), apesar de eventual situação de irregularidade

administrativa; b) a previsão de direitos para os trabalhadores migrantes pode ajudar a limitar a 'potestade' dos Estados-Parte na adoção de política de migração; c) estabelece procedimentos de acompanhamento do cumprimento da convenção e mecanismos para solução de controvérsias, que dão um impulso mais forte para o cumprimento da Convenção que a simples declaração de direitos.¹⁵⁵

A Convenção da ONU, ao reconhecer e proteger a dignidade do trabalhador migrante e de seus familiares, independentemente de estar em situação de regularidade ou não, vai além da simples estruturação de interesses de Estados Nacionais, mas busca a humanização das relações internacionais.¹⁵⁶

Segundo Rosita Milesi, a convenção traduz os valores éticos da cidadania universal e traça um caminho para a concretização desses valores. Afirma a autora:

A convenção traduz o novo paradigma dos direitos humanos, uma vez que considera o migrante como sujeito de direito, independentemente de estar em situação regular ou não, de sua nacionalidade, sexo, cor, etnia ou condição econômica. Traduz ainda, os valores éticos da cidadania universal, por reconhecer e afirmar que os migrantes, antes de serem deste ou daquele país, são pela sua condição de pessoa humana, titulares de direitos e do respeito a sua dignidade humana.

Portanto, mais que um instrumento jurídico de proteção aos direitos humanos, a Convenção, de alcance absolutamente humanista, deve ser percebida como um caminho concretizador dos valores éticos da cidadania universal. Por isso mesmo, sua ratificação se faz urgente e necessária.¹⁵⁷

Apesar da importância do diploma, o Brasil ainda não ratificou a Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias¹⁵⁸, logo tais normas não integram o direito interno, o que enfraquece a proteção jurídica aos trabalhadores imigrantes indocumentados no território brasileiro.

Diante disso, a relatora da ONU para Formas de Escravidão Contemporânea, a advogada armênia Gulnara Shahinian, em audiência pública na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em 9 de novembro de 2012, elogiou os esforços brasileiros no combate ao trabalho escravo, contudo defendeu que o governo brasileiro ratifique essa Convenção da ONU, a fim de

¹⁵⁵ LOPES (2009, p. 249)

¹⁵⁶ MILESI, Rosita. **Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos direitos humanos**. Texto publicado no site do Instituto Migração e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/41/docs/por_uma_nova_lei_migracao.pdf. Acesso em 27 de março de 2012.

¹⁵⁷ MILESI, Rosita. **Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos direitos humanos**. Texto publicado no site do Instituto Migração e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/41/docs/por_uma_nova_lei_migracao.pdf. Acesso em 27 de março de 2012.

¹⁵⁸ A ratificação dessa convenção foi uma das recomendações recebidas pelo Brasil no 2º ciclo da Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU na 21ª sessão do Conselho de Direitos Humanos em setembro de 2012. MONITORAMENTO: DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS. Disponível em: <http://monitoramentodhi.org/site/wp-content/uploads/2012/09/recomenda%C3%A7%C3%B5es-RPU-Brasil-2012-com-obs.pdf>. Acesso em 24 de janeiro de 2013.

assegurar dignidade a trabalhadores estrangeiros. Muitos estrangeiros, por permanecerem no país de forma irregular, são submetidos a condições de trabalho subumanas, condições de trabalho análogas à de escravo, por isso Gulnara e representantes da sociedade civil, nessa oportunidade, militaram pela necessidade de se ampliar a proteção às vítimas do trabalho escravo, principalmente quanto aos imigrantes.¹⁵⁹

3.5. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: OPINIÃO CONSULTIVA OC-18/03

A Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso *Hoffman Plastics Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board* (NLRB), em março de 2002, declarou ilegal a decisão administrativa da NLRB (entidade federal competente para dirimir questões derivadas de contratos coletivos de trabalho) de determinar ao empregador o pagamento de indenizações trabalhistas a um trabalhador imigrante ilegal despedido por apoiar campanha para formar sindicato, determinando que o trabalhador ilegal só teria direito a receber os salários devidos por trabalho efetivamente realizado, os quais deveriam ser pagos mesmo após decretada sua deportação. A NLRB nunca fez distinção entre trabalhadores norte-americanos e imigrantes legais ou ilegais para o gozo de direitos trabalhistas. No entanto, a Suprema Corte estabeleceu que o pagamento de indenizações e outros direitos trabalhistas, salvo os salários devidos pelo serviço prestado, ao trabalhador imigrante ilegal não tinha amparo na política migratória dos Estados Unidos.¹⁶⁰

O México, motivado por este julgamento e preocupado com o sofrimento de mexicanos que vivem clandestinamente fora do país, solicitou, em 2002, a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a condição jurídica e os direitos dos trabalhadores imigrantes que vivem em situação ilegal. Solicitou ainda que a CIDH esclarecesse sobre a obrigação dos Estados americanos de garantirem a esses trabalhadores o princípio da igualdade jurídica, da não-discriminação e a igual e efetiva proteção da lei, princípios

¹⁵⁹ REPÓRTER BRASIL. Disponível em: <http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=2131>. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

¹⁶⁰ PEREIRA (2006, pp. 90-91)

consagrados, como já analisado, em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.¹⁶¹

Em resposta à petição do Governo mexicano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos elaborou a Opinião Consultiva OC-18/03¹⁶², reunindo estudos de legislações de 12 países participantes, inclusive o Brasil, além da contribuição de diversas ONGs.

O parecer afirma que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais de todos aqueles que se encontram sob sua jurisdição. Determina, ainda, que o desrespeito e o tratamento discriminatório geram responsabilidade internacional. O princípio da igualdade e da não-discriminação é parte integrante do Direito Internacional Geral, sendo, portanto, aplicável a todos os Estados, independentemente de que sejam parte de determinado tratado ou não.¹⁶³

A CIDH sustenta que o princípio da igualdade e da não-discriminação estão no domínio do *jus cogens* - rol de normas imperativas de Direito Internacional, que obrigam a todos os Estados - e possuem eficácia normativa *erga omnes*, sendo, portanto, normas que não podem ser derogadas, mesmo em situações excepcionais vividas pelo Estado.¹⁶⁴

A situação de vulnerabilidade do imigrante ilegal, o desconhecimento da língua e da legislação trabalhista nacional, bem como a dificuldade de acesso à justiça, prejudicam a prestação jurisdicional ao imigrante indocumentado e, conseqüentemente, a proteção e a garantia de seus direitos reconhecidos em âmbito internacional. Antônio Celso Alves Pereira assim avalia:

Com referência ao imigrante ilegal, seu acesso às garantias e à proteção judicial é prejudicado pela vulnerabilidade de sua situação no país em que trabalha ilegalmente, uma vez que, por temer represálias por parte de particulares ou das autoridades locais, como deportação, privação de liberdade e outras medidas coercitivas, o imigrante ilegal teme buscar a prestação jurisdicional.¹⁶⁵

"O direito de acesso à Justiça é um direito inerente ao ser humano, independe de seu estatuto migratório", afirmou o juiz Antônio Cançado Trindade, então presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em entrevista à Revista Consultor Jurídico¹⁶⁶, em 21 de

¹⁶¹ PEREIRA (2006, p. 99)

¹⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-18/03. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

¹⁶³ PEREIRA (2006, p. 103)

¹⁶⁴ PEREIRA (2006, p. 103)

¹⁶⁵ PEREIRA (2006, p. 106)

¹⁶⁶ CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-out-21/imigrante_documentacao_direitos_trabalhistas. Acesso em 30 de março de 2012.

outubro de 2003, na ocasião em que entregou o parecer sobre os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados ao presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Francisco Fausto.

O juiz afirmou:

Nós assumimos uma posição contrária à erosão dos direitos trabalhistas e contrária à erosão do direito de acesso à Justiça. Afirmamos que os direitos laborais, mesmo os de imigrantes sem documentação, e o direito de acesso à Justiça têm que ser respeitados em todos os países.

Antônio Cançado Trindade declarou ainda que os direitos humanos estão acima da soberania dos Estados e não podem ser restringidos por políticas públicas que os mesmos adotem, pronunciando que “os direitos humanos são anteriores e superiores às políticas públicas e anteriores e superiores ao Estado”¹⁶⁷.

A CIDH proclama que é necessário garantir aos imigrantes indocumentados o devido processo legal, pois estabelece o equilíbrio do contraditório entre, de um lado, o estrangeiro inseguro, pobre e desprotegido e, do outro, o empregador “dotado de direitos suficientes e eficientes”¹⁶⁸. Estabelece-se um equilíbrio jurídico em uma situação de grande desequilíbrio fático entre os integrantes da relação laboral. O devido processo legal, portanto, está dentro das garantias mínimas que devem ser asseguradas a todos os imigrantes, esteja em situação regular ou não. Antônio Celso Alves Pereira, em sua análise à OC 18/03, ressalta:

Não é admissível que um Estado tolere a contratação de trabalhadores imigrantes ilegais por empregadores que, prevalecendo das condições de vulnerabilidade do estrangeiro, o admita em suas empresas pagando-lhe salários em valores muito abaixo dos que seriam pagos normalmente aos nacionais, e, ainda mais, negando-lhe o exercício de direitos laborais que decorrem exclusivamente da relação de trabalho.¹⁶⁹

A CIDH esclarece, na opinião consultiva, que os direitos trabalhistas surgem necessariamente da condição de trabalhador, entendida no seu sentido mais amplo. Toda pessoa que realiza atividade remunerada adquire imediatamente a condição de trabalhador e, conseqüentemente, os direitos inerentes a essa condição. Desta forma, uma pessoa que ingressa em um Estado e nele realiza relações laborais, adquire seus direitos humanos laborais nesse Estado, independentemente da sua situação migratória, uma vez que o respeito e a garantia do gozo e exercício desses direitos devem ser livres de qualquer discriminação. O imigrante, esteja

¹⁶⁷ CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-out-21/imigrante_documentacao_direitos_trabalhistas. Acesso em 30 de março de 2012.

¹⁶⁸ PEREIRA (2006, p. 107)

¹⁶⁹ PEREIRA (2006, p. 109)

em condição de regularidade ou irregularidade, não pode ser privado do exercício e gozo de seus direitos humanos, nos quais inclui os direitos de caráter laboral. Ao constituir uma relação de trabalho, portanto, seus direitos trabalhistas, decorrentes exclusivamente da relação laboral, devem ser reconhecidos e garantidos pelo Estado receptor.¹⁷⁰

O Estado não pode permitir que empregadores privados desrespeitem os direitos dos trabalhadores e que a relação contratual contrarie os padrões mínimos internacionais de proteção dos direitos humanos, independentemente em que situação, perante as normas e as políticas migratórias do Estado, se encontra o imigrante.¹⁷¹ Isto, porque, conforme disposto pela CIDH, se o imigrante indocumentado é contratado para trabalhar (lembrando-se que o Estado e os particulares podem abster-se de contratar imigrantes indocumentados), imediatamente se converte em titular de direitos trabalhistas, sem possibilidade de qualquer discriminação devido à sua situação irregular.¹⁷²

O Estado deve ainda velar para que dentro do seu território os direitos trabalhistas sejam reconhecidos e aplicados, direitos esses originados de instrumentos internacionais e de normas internas. Os Estados são responsáveis internacionalmente quando toleram ações e práticas de terceiros que prejudicam os trabalhadores migrantes, por não lhes

¹⁷⁰ Assim dispõe a CIDH: “133. *Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.* 134. *De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

¹⁷¹ PEREIRA (2006, p. 108)

¹⁷² A CIDH dispõe: “135. *Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.* 136. *Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

reconhecer os mesmos direitos que os trabalhadores nacionais ou por lhes reconhecer os mesmos direitos, mas com algum tipo de discriminação.¹⁷³

Antônio Celso Alves Pereira assim conclui:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, partindo de uma interpretação plenamente evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, considera que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal nos países em que trabalham possuem os mesmos direitos laborais que são conferidos aos demais trabalhadores nesse Estado. Insta todos os países que revisem ou modifiquem suas leis, políticas e procedimentos relativos à imigração, o que deve ser feito para eliminar todo elemento que possa se traduzir em discriminação de qualquer espécie, conforme os princípios e as normas estabelecidos nos tratados internacionais em que forem partes. Reafirma, ainda, que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância dos princípios da igualdade perante a lei e da não-discriminação às suas políticas públicas, ‘qualquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório’ (parágrafo 172).¹⁷⁴

Não há dúvidas que o Direito ao Trabalho está no rol dos direitos humanos consagrados internacionalmente, e, estabelecida a relação laboral, quaisquer trabalhadores, sem qualquer discriminação, devem ter seus direitos trabalhistas garantidos e protegidos, uma vez que são igualmente dignos de consideração e respeito, o que é inerente à condição de seres humanos.

Conforme a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, independentemente da política migratória adotada pelo Estado, nos limites de sua soberania, esses direitos devem ser garantidos em respeito ao princípio da igualdade, da não-discriminação, do acesso à Justiça e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor-fonte na contemporaneidade do Direito e pressuposto indispensável para a construção normativa dos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais¹⁷⁵. Caso contrário, o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente.

4. A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES EM CONDIÇÃO DE REGULARIDADE: AVALIAÇÃO JURÍDICO-NACIONAL

4.1. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL

Antes da análise do ordenamento infraconstitucional que se refere ao trabalhador imigrante em condição de regularidade, faz-se necessário o exame dos dispositivos

¹⁷³ PEREIRA (2006, p. 109)

¹⁷⁴ PEREIRA (2006, p. 109)

¹⁷⁵ DELGADO (2010, p. 338)

constitucionais que tratam dos estrangeiros, uma vez que tais linhas constitucionais orientarão a interpretação dos demais diplomas a eles referentes.

O *caput* do art. 5º, da Constituição brasileira, garante a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes, dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garantindo a ambos a inviolabilidade de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

No entendimento de Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes¹⁷⁶, segundo uma interpretação sistemática da Constituição Federal, o princípio da igualdade deve orientar o tratamento a ser dispensado aos estrangeiros, devendo as exceções ser interpretadas *numerus clausus* e em casos excepcionais. Desta forma, o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e as leis de nacionalização do trabalho (artigos 352 a 358 da CLT), mesmo tendo sido editadas antes da Constituição de 1988, devem ser aplicadas segundo uma interpretação conforme à Constituição, principalmente no que diz respeito à limitação de direitos.

No entendimento de Pedro Augusto Gravatá Nicoli, a Constituição, por não estabelecer expressa exceção ao princípio da igualdade, “veda práticas discriminatórias que resultem em menor proteção ao trabalho prestado por imigrantes regularmente admitidos no território brasileiro, em consonância com as normas internacionais pertinentes”.¹⁷⁷

Vale salientar que, recentemente, a matéria referente ao tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros residentes teve sua repercussão geral reconhecida no RE 587970 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 1.10.2009, referente à possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no Brasil o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da CF/88, cabendo ao Supremo “definir, passo a passo, o tratamento a ser dispensado, sob o ângulo constitucional, a nacionais e estrangeiros residentes no Brasil”. O mérito ainda não foi julgado, mas, possivelmente, toda essa temática será debatida.

Quanto às restrições aos direitos fundamentais dos estrangeiros, pode-se dizer que “a regra é a igualdade e a distinção é exceção”¹⁷⁸, e “apenas um *discrimen relevante* pode ser utilizado para promover uma distinção válida entre estrangeiros e nacionais”¹⁷⁹. Segundo Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, qualquer alteração legislativa que institua tratamento

¹⁷⁶ LOPES (2009, p. 458)

¹⁷⁷ NICOLI (2010, pp. 110-111)

¹⁷⁸ LOPES (2009, p. 470)

¹⁷⁹ BARROSO *apud* LOPES (2009, p. 470)

diferenciado entre nacionais e estrangeiros deve ser justificada “com base em fundamento que respeite os direitos humanos, os valores de reciprocidade da comunidade internacional, a proibição do retrocesso histórico, a razoabilidade, a proporcionalidade e o direito ao pertencimento de todo cidadão do mundo”¹⁸⁰, ou seja, para que a distinção seja válida deve ser baseada em uma justificativa relevante e que não se baseie em critérios vedados constitucionalmente ou por leis.

No mesmo sentido, Arion Sayão Romita defende que o princípio de não-discriminação “exige que, na aplicação de uma norma geral, não haja discriminações baseadas em critérios de distinção cuja utilização seja vedada pela constituição ou pelas leis”, tal como a origem nacional.¹⁸¹

Proibi-se, desta forma, “os atos de discriminação arbitrária, ou seja, aqueles para os quais não sejam apresentadas razões objetivas que os justifiquem”.¹⁸²

Quanto à expressão “estrangeiros residentes” presente no art. 5º da CF/88, seu alcance tem sido discutido, propondo-se uma interpretação mais ampla ao dispositivo.

“Residente é aquele estrangeiro que vive no país legalmente. No entanto, nem toda pessoa estrangeira que se encontra no país legalmente é um ‘residente’. Os turistas, por exemplo, não são considerados ‘residente’”.¹⁸³ Contudo, não se deve interpretar o art. 5º da CF como se o estrangeiro não residente não fosse titular de todos os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, Alexandre de Moraes esclarece:

a expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais.¹⁸⁴

Cândido Rangel Dinamarco afirma que o art. 5º deve ser interpretado tendo em vista um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é a promoção do bem de todos sem qualquer discriminação (art. 3º, IV), “razão pela qual não há espaço para qualquer interpretação restritiva do alcance dos direitos fundamentais em solo brasileiro”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ LOPES (2009, p. 470)

¹⁸¹ ROMITA (2005, p. 294)

¹⁸² ROMITA (2005, p. 300)

¹⁸³ LOPES (2009, p. 459)

¹⁸⁴ MORAES *apud* LOPES (2009, pp. 459-460)

¹⁸⁵ DINAMARCO *apud* LOPES (2009, p. 460)

O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Constituição de 1988, teve a oportunidade de se pronunciar sobre esse assunto, uma vez que a expressão também está presente nas Constituições de 1946 (art. 141) e de 1967 (art. 153). Nessa linha, a Suprema Corte garantiu o direito de propriedade a favor do estrangeiro não residente¹⁸⁶ e estabeleceu ao estrangeiro, embora não residente no Brasil, o gozo do direito de impetrar mandado de segurança¹⁸⁷.

Mais recentemente, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a Segunda Turma do STF¹⁸⁸, assentou que a condição jurídica de estrangeiro não domiciliado no Brasil não o desqualifica como sujeito de direitos e titular de garantias constitucionais e legais, tendo, portanto, pleno acesso aos instrumentos processuais que lhe assegurem a preservação do *status libertatis* e que lhe garantam a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do *due process*. Segundo extraído da ementa do Acórdão:

O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. **A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório.** Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. (sem grifos no original)

Em suma, é pacífica a interpretação extensiva dada à expressão “estrangeiro residente” do *caput* do art. 5º da CF/88.

Logo, o ordenamento infraconstitucional deve ser interpretado conforme tal orientação, ou seja, nacionais e estrangeiros, residentes ou não, devem ser tratados igualmente, salvo hipóteses excepcionais, nas quais haja justificativa relevante.

4.2. REGULAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

4.2.1. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

¹⁸⁶ RE 33319, Rel. Min. Cândido Motta, Primeira Turma, DJ 7.11.1957.

¹⁸⁷ MS 4706, Rel. Min. Ari Franco, Tribunal Pleno, DJ 31.7.1958.

¹⁸⁸ HC 102041, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.08.2010. No mesmo sentido: HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 26.02.2009 e HC 103311, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 28.06.2011.

A Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, também conhecida como Estatuto do Estrangeiro, regula infraconstitucionalmente a admissão de estrangeiros no território brasileiro, dispondo sobre as condições de entrada, permanência e trabalho de não nacionais no país.

A política de imigração presente neste diploma volta-se para a defesa do trabalhador nacional e a atração de mão-de-obra qualificada.

Vale lembrar que esse Estatuto foi editado no período da ditadura militar, “período marcado por limitações democráticas, e no qual a temática dos Direitos Humanos não era muito discutida, e menos ainda praticada”¹⁸⁹. Também foi em um contexto de instabilidades sul-americanas, quando a imigração clandestina começou a mostrar-se como um problema.¹⁹⁰ Segundo a análise de Flávia de Ávila:

No caso brasileiro, embora o interesse dos imigrantes não estivesse sendo fomentado por ações governamentais, as fronteiras brasileiras eram constantemente cruzadas por imigrantes ilegais e por refugiados políticos, principalmente os provenientes de países sul-americanos, que escapavam de condições políticas ou econômicas adversas em seus Estados de origem.¹⁹¹

Devido a esse contexto sócio-político, a lei assumiu contorno restritivo, “no contexto de uma ditadura militar que operava conceitos como o de ‘segurança nacional’ de maneira extremamente autoritária”¹⁹². Esse teor autoritário pode ser observado já nos três primeiros artigos, onde se condiciona a entrada e permanência de estrangeiros e a concessão de vistos aos interesses nacionais, bem como se estabelece que a aplicação da lei atenderá à segurança nacional e aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil.

Muitas normas foram derogadas seja por leis posteriores seja pela Constituição de 1988, a qual consagrou os princípios da igualdade e da não discriminação, como disposto no item anterior, adotando como valor fonte o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em regra, os contratos de trabalho são regidos pela lei do lugar em que ocorre a prestação do serviço. Logo, se um estrangeiro prestar serviços no Brasil, ele estará submetido à

¹⁸⁹ CERQUEIRA (2009, p. 40)

¹⁹⁰ NICOLI (2010, p. 111)

¹⁹¹ ÁVILA (2003, pp. 356-357)

¹⁹² NICOLI (2010, p. 112)

legislação brasileira, ainda que esteja a serviço de empresa estrangeira e por prazo determinado, salvo hipótese prevista no Decreto-Lei 691/1969.¹⁹³

No entanto, normas básicas do direito trabalhista brasileiro deverão incidir em qualquer hipótese, quais sejam: salário mínimo, repouso semanal remunerado, férias anuais, duração do trabalho, segurança e higiene do trabalho, seguro contra acidente de trabalho, previdência social e rescisão de contrato por prazo determinado. Isso porque “as normas de direito do trabalho ensejam garantias mínimas a serem observadas por todas as pessoas aqui presentes, por veicularem questões de ordem pública, ou seja, relacionadas com a soberania nacional, e bem-estar do povo”.¹⁹⁴

Portanto, atividades laborais realizadas por estrangeiros no Brasil, seja a serviço de empresa estrangeira ou nacional, devem respeitar o disposto no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) e nas normas editadas pelo Ministério do Trabalho e pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg).

Para entrada e permanência do Brasil, o estrangeiro precisa apresentar passaporte ou documento equivalente, além de visto consular adequado aos seus objetivos no país.

O Estatuto do Estrangeiro elenca sete tipos de vistos: visto diplomático, visto oficial, visto de cortesia, visto de turista, visto de trânsito, visto temporário e visto permanente. Para o presente trabalho nos interessa a análise do visto temporário (art. 4º, III) e do permanente (art. 4º, IV).

Para o exercício temporário de atividade remunerada é necessário a concessão do visto temporário de trabalho (art. 13, V), “a qual requer prévia autorização de trabalho emitida pela Coordenação-Geral de Imigração, bem como análise de critérios de escolaridade e experiência profissional do estrangeiro a ser admitido”¹⁹⁵. Há outros vistos que envolvem o trabalho, como o visto de artista e o de jornalista, mas este do art. 13, V, é aquele que o trabalho, de maneira genérica, constitui a finalidade da presença do estrangeiro no Brasil.¹⁹⁶

A autorização de trabalho é regulamentada por duas resoluções do CNIg: a Resolução 74/2007 e a Resolução 80/2008. A primeira trata dos procedimentos gerais para a

¹⁹³ LOPES (2009, p. 580-581)

¹⁹⁴ LOPES (2009, pp. 581-582)

¹⁹⁵ CERQUEIRA (2009, p. 41)

¹⁹⁶ NICOLI (2010, p. 115)

obtenção da autorização e a segunda dispõe sobre a comprovação de qualificação e experiência profissional.¹⁹⁷

A Resolução 74/2007 elenca uma exaustiva lista de documentos para a solicitação de autorização de trabalho, seja em caráter permanente ou temporário, entre eles: atos constitutivos que provem a regularidade e a estrutura organizacional da pessoa jurídica interessada na chamada de mão-de-obra estrangeira; termo de responsabilidade pelo qual a requerente assume qualquer despesa médica e hospitalar do estrangeiro e seus dependentes; compromisso de repatriação do estrangeiro; informações sobre o endereço dos locais onde o estrangeiro prestará serviços; o contrato de trabalho por prazo determinado ou indeterminado assinado pelas partes; além de outros documentos previstos em Resoluções do Conselho Nacional de Imigração. E, segundo o art. 3º, deve-se demonstrar que a remuneração que será paga ao estrangeiro não será inferior a maior remuneração paga pela empresa, na mesma função/atividade a ser realizada pelo estrangeiro, nem será inferior à última remuneração que tenha recebido no exterior.

Já a Resolução 80/2008 disciplina a concessão de autorização de trabalho para a obtenção de visto temporário, previsto no art. 13, V, do Estatuto do Estrangeiro, dispondo sobre a compatibilidade entre a qualificação e a experiência profissional do estrangeiro e a atividade que exercerá no Brasil. O artigo 2º do diploma assim dispõe:

Art. 2º Na apreciação do pedido será examinada a compatibilidade entre a qualificação e a experiência profissional do estrangeiro e a atividade que virá exercer no país.

Parágrafo único. A comprovação da qualificação e experiência profissional deverá ser feita pela entidade requerente por meio de diplomas, certificados ou declarações das entidades nas quais o estrangeiro tenha desempenhado atividades, demonstrando o atendimento de um dos seguintes requisitos:

I - escolaridade mínima de nove anos e experiência de dois anos em ocupação que não exija nível superior; ou

II - experiência de um ano no exercício de profissão de nível superior, contando esse prazo da conclusão do curso de graduação que o habilitou a esse exercício; ou

III - conclusão de curso de pós-graduação, com no mínimo 360 horas, ou de mestrado ou grau superior compatível com a atividade que irá desempenhar; ou

IV - experiência de três anos no exercício de profissão, cuja atividade artística ou cultural independa de formação escolar.

Essas exigências de alta escolaridade e considerada experiência profissional impõem que os imigrantes regulares sejam, essencialmente, trabalhadores altamente

¹⁹⁷ NICOLI (2010, p. 116)

qualificados¹⁹⁸, o que corrobora com a política migratória nacional de atração de mão-de-obra qualificada.

Há, ainda, no art. 3º a exclusão dos nacionais de países sul americanos dos requisitos enumerados na resolução. Conforme analisa Pedro Augusto Gravatá Nicoli, “a disposição parece atentar para a realidade dos fluxos de migração no contexto da América do Sul, além de alinhar-se aos intentos de integração do MERCOSUL e prenunciar uma possível transição prática quanto às prioridades na matéria”¹⁹⁹.

Em entrevista²⁰⁰, Paulo Sérgio de Almeida destacou que “a ideia é facilitar a obtenção de visto de trabalho para que as pessoas não entrem de forma irregular no Brasil e não sejam exploradas e submetidas a trabalho escravo”. Apesar do grande fluxo migratório vindo dos países sul-americanos para o Brasil, até então não existia nenhum mecanismo que regulamentasse tal migração. Paulo Sérgio de Almeida acrescenta, ainda, que essa medida minimiza os problemas, mas não visa regularizar os imigrantes que já vivem no Brasil.

Segundo a reportagem, a Resolução 80/2008 visa:

Inserir no mercado formal brasileiro os imigrantes de países sul americanos que hoje chegam ao Brasil de forma irregular; eliminar a exploração desses imigrantes, especialmente os casos de trabalho escravo; contribuir para o processo de facilitação da circulação de trabalhadores no âmbito sul americano; e consequentemente contribuir para o desenvolvimento do país, com o auxílio dos imigrantes, que estão distribuídos em vários setores da economia.

Tais medidas revelam que um dos princípios que norteiam a concessão do visto é a defesa do trabalhador nacional.

Já o visto permanente visa, segundo o parágrafo único do art. 16 do Estatuto do Estrangeiro, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.

O estrangeiro precisa atender a certas “exigências de caráter especial”, conforme disposto no art. 17. Tais exigências são encontradas em resoluções normativas, as quais variam de acordo com a função. “Registre-se que todas as resoluções repetem requisitos de

¹⁹⁸ NICOLI (2010, p. 117)

¹⁹⁹ NICOLI (2010, pp. 117-118)

²⁰⁰ JUSBRASIL. Disponível em <http://mte.jusbrasil.com.br/noticias/144410/publicada-no-diario-oficial-resolucao-normativa-do-conselho-nacional-de-imigracao>. Acesso em 8 de junho de 2012.

elevada exigência, seja de qualificação profissional, de experiência ou de disponibilidade financeira”²⁰¹.

Nota-se que a entrada regular no Brasil exige um processo bastante burocrático e oneroso (requer pagamento de taxas e emolumentos), podendo ser também bem lento. Ainda, de forma implícita, traça o perfil dos trabalhadores estrangeiros desejados, os de alta qualificação.²⁰² Fatores esses que corroboram com a entrada e/ou permanência irregular de estrangeiros no território brasileiro. Nesse sentido Sara Lúcia Moreira de Cerqueira analisa que:

A massa de operários pouco instruídos, que não teria a menor chance de migrar legalmente, busca os mais diversos e arriscados meios de adentrar o País, confiante na promessa de uma vida melhor. De um jeito ou de outro os obstáculos são contornados, e a migração prevalece, ainda que desordenada. Nesse ponto, a frágil fiscalização das fronteiras nacionais (fiscalização esta que é bastante dificultada pela dimensão continental do país) permite que centenas de pessoas as ultrapassem sem submeterem-se ao rígido controle migratório, tornando-se estrangeiros clandestinos, irregulares ou não-documentados.²⁰³

A orientação no sentido de priorizar a entrada de imigrantes altamente qualificados não está presente apenas nas normas do Estatuto do Estrangeiro. No início de 2012, em reportagem publicada no site O Globo²⁰⁴, foi divulgado que o Brasil tem a intenção de facilitar vistos para profissionais estrangeiros altamente qualificados, não valendo essa decisão aos imigrantes sem qualificação, como os haitianos que têm chegado ao Acre e no Amazonas. Essa é a orientação da equipe formada pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE) para a elaboração de uma política nacional de imigração.

Segundo a reportagem, de janeiro a setembro de 2011 o Ministério do Trabalho concedeu 51.353 autorizações de trabalho a estrangeiros, o que significou um aumento de 32% comparado ao mesmo período de 2010.

O objetivo do projeto da SAE é propor um “processo de imigração seletiva, que priorize a ‘drenagem de cérebros’, mas estabeleça limites para os estrangeiros que chegam fugindo da pobreza de seus países”. O coordenador do projeto, o economista Ricardo Paes de Barros, salienta que “é preciso definir até onde irá a nossa generosidade. Como vamos contribuir para aliviar a pobreza do mundo e absorver essas pessoas. Solidariedade tem de ter limites e

²⁰¹ NICOLI (2010, p. 118)

²⁰² CERQUEIRA (2009, p. 43)

²⁰³ CERQUEIRA (2009, p. 43)

²⁰⁴ O GLOBO. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/brasil-quer-facilitar-vistos-para-profissionais-estrangeiros-3671799>. Acesso em 8 de junho de 2012.

caber dentro do que o Brasil pode ajudar”. E para o ministro-chefe da SAE, Moreira Franco, “conceder vistos é também transferir tecnologia”.

Tal política é temerária, pois não resolve o problema dos imigrantes em situação irregular, podendo até piorar. Aumentando as barreiras para entrada de trabalhadores estrangeiros de baixa qualificação, aumenta-se a probabilidade da entrada/permanência de imigrantes em condições de irregularidade.

4.2.2. POLÍTICA DE NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO

Questiona-se a constitucionalidade dos arts. 352 e seguintes da CLT, “se estas disposições podem ser tidas como compatíveis com o desenvolvimento normativo no plano internacional na matéria”²⁰⁵. Na avaliação de Pedro Augusto Gravatá Nicoli é um tema que ainda gera polêmica “quanto à condição trabalhista do imigrante em *status* de regularidade jurídica, no contexto das relações de emprego por ele entabuladas”²⁰⁶.

No sentido de proteger o mercado de trabalho nacional, a Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu “uma proporcionalidade numérica de empregados brasileiros e estrangeiros, diretivas formais de contratação de estrangeiros e regras de isonomia salarial”²⁰⁷.

Os artigos 352, 353 e 354 estabelecem as regras de proporcionalidade nos seguintes termos:

Art. 352 - As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo.

[...]

Art. 353 - Equiparam-se aos brasileiros, para os fins deste Capítulo, ressalvado o exercício de profissões reservadas aos brasileiros natos ou aos brasileiros em geral, os estrangeiros que, residindo no País há mais de dez anos, tenham cônjuge ou filho brasileiro, e os portugueses.

Art. 354 - A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.

²⁰⁵ NICOLI (2010, p. 125)

²⁰⁶ NICOLI (2010, p. 125)

²⁰⁷ NICOLI (2010, p. 125)

Parágrafo único - A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta Lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários.

Além dos estrangeiros que residem no país há mais de dez anos e tenham cônjuge ou filho brasileiro, e os portugueses, estão também excluídos da regra da proporcionalidade os empregados que exerçam funções técnicas especializadas, desde que, a juízo do Ministério do Trabalho, haja falta de trabalhadores nacionais (art. 357 da CLT).

A violação de lei sobre a nacionalização é um ilícito penal, tipificado no art. 204 do Código Penal.

A interpretação das disposições da CLT mudou com a Constituição de 1988. A diferenciação entre brasileiros e estrangeiros passou a ser admitida só em situações excepcionais.

Diante disso, questiona-se a constitucionalidade das disposições celetistas que diferenciam brasileiros e estrangeiros, a fim de proteger o trabalhador nacional, havendo divergência na doutrina.

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, ao defender a necessidade de uma justificativa relevante para que uma diferenciação entre nacionais e estrangeiros seja válida, conforme disposto anteriormente, acredita que as restrições de acesso ao trabalho em relação aos estrangeiros são admissíveis, uma vez que se fundamentam em razões político-econômicas, o que não ocorre quanto aos direitos de reunião, associação, manifestação, sindicalização e greve. A autora assim esclarece:

Nesse diapasão, as restrições de acesso ao trabalho são costumeiramente justificadas porque na atualidade, o trabalho é um bem escasso, e a maioria dos países pretende garanti-lo primeiramente para o nacional. Existe, portanto, uma justificativa político-econômica razoável para a formulação de restrições legais ao direito fundamental ao trabalho do estrangeiro. [...] No caso da restrição de acesso ao trabalho, há razões político-econômicas que fundamentam as restrições jurídicas, razão que costumeiramente justifica sua admissibilidade, ainda que não isenta de matizações e condicionamentos. No caso das restrições aos direitos de reunião, associação, manifestação, sindicalização e greve, é preciso concluir que não existem razões político-econômicas a justificar, validamente, quaisquer restrições.²⁰⁸

Essas últimas restrições têm por base o desejo de permanência no poder e eliminação de dissidências políticas, os quais são, segundo Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, fundamentos antijurídicos que ferem o princípio democrático.²⁰⁹

²⁰⁸ LOPES (2009, p. 471)

²⁰⁹ LOPES (2009, pp. 471-472)

Portanto, a autora conclui que:

A igualdade plena entre estrangeiros e nacionais está longe de ser admitida pela comunidade internacional, principalmente no que diz com o acesso ao trabalho. Obviamente, uma vez inserido no meio nacional, deverá o estrangeiro submeter-se à legislação brasileira e, também, fazer *jus* ao sistema de proteção legal trabalhista brasileiro. Mas, o acesso, e principalmente o *primeiro acesso* do estrangeiro ao mercado de trabalho pode, sim, ser controlado. E nesse caso não se trata simplesmente de instituir medida discriminatória em face do estrangeiro. Trata-se de proteger o mercado de trabalho brasileiro, como um todo, de oscilações e distorções, em sua maioria provocadas por empresários interessados em esquivar-se de cumprir as regras trabalhistas, tributárias e de proteção social brasileira, em autêntica postura de concorrência desleal criminosa.²¹⁰

Desta forma, a proporcionalidade dos 2/3 seria perfeitamente razoável, portanto constitucional, sendo, ainda, “um valioso instrumento para lutar contra uma forma específica de precarização das relações de trabalho: a substituição da mão-de-obra nacional pela estrangeira”²¹¹.

Já Pedro Augusto Gravatá Nicoli defende a inconstitucionalidade de tais restrições de acesso ao trabalho pelos estrangeiros, tendo em vista a normativa constitucional e os diplomas internacionais. Conforme esse autor:

Diante da robustez e clareza da disciplina constitucional e de seu caminho de manutenção no plano internacional, práticas que visem proteger o mercado interno por meio da criação de vantagens aos nacionais em detrimento dos estrangeiros não parecem consentâneas ao tratamento da questão migratória como de Direitos Humanos. O argumento de que a regra da proporcionalidade não seria prática de discriminação, mas sim de proteção ao mercado nacional e aos cidadãos brasileiros padece de uma evidente fragilidade, que o torna quase que um argumento semântico. A proteção ao mercado nacional, nesse caso, se faz em detrimento do estrangeiro, por meio de vedação genérica de ocupação de postos de trabalho, vedação esta que não está prevista na Constituição Federal de 1988 e que não encontra nenhuma justificativa estratégica ou funcional (como nos arts. 12, § 3º e 14, § 2º da própria Constituição). A discriminação assim parece incontornável.²¹²

O autor ainda acrescenta que a disposição é incompatível com a Convenção 111. De acordo com o conceito de discriminação estabelecido no art. 1º da Convenção, “distinção com base em ascendência nacional que altere igualdade de oportunidades constitui discriminação ilegal, que deve ser combatida”²¹³.

Outro ponto de discussão quanto à compatibilidade com a Constituição de 1988 refere-se ao art. 358, o qual estabelece que nenhuma empresa poderá pagar a trabalhador

²¹⁰ LOPES (2009, p. 592)

²¹¹ LOPES (2009, p. 594)

²¹² NICOLI (2010, pp. 130-131)

²¹³ NICOLI (2010, p. 131)

brasileiro salário inferior ao do estrangeiro que exerça função análoga e, nos casos de falta ou cessação de serviço, o trabalhador estrangeiro deve ser dispensado primeiro que o brasileiro que exerça igual função.

Quanto à regra do artigo 358 da CLT, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes defende uma interpretação conforme a Constituição, respeitando a igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros presente no art. 5º da Constituição Federal. Sendo assim, o dispositivo deve ser assim interpretado: “nem o brasileiro pode ganhar menos que o estrangeiro, e nem o estrangeiro pode ganhar menos que o brasileiro”; “e o privilégio de não ser demitido só deveria valer no caso de alteração da regra de proporcionalidade”.²¹⁴

O artigo 461 da CLT estabelece regra geral que proíbe a discriminação salarial. Desta forma, a autora conclui:

Assim, para cumprir o princípio de *trato não menos favorável*, devido aos estrangeiros por força da ratificação, pelo Brasil, em 1965, das Convenções nº 97 da OIT (sobre trabalhadores migrantes), e nº 111 da OIT (sobre discriminação no emprego), deve-se concluir pela derrogação do art. 358/CLT (incluindo a parte que estabelece critério para dispensa), devendo valer para todos a regra geral.²¹⁵

No mesmo sentido defende Pedro Augusto Gravatá Nicoli, uma vez que no âmbito constitucional a vedação de práticas discriminatórias em matéria salarial é estabelecida pelo princípio da igualdade e, infraconstitucionalmente, pelo artigo 461 da CLT. Desta forma, o art. 358 mostra-se “injustificadamente mais benéfico ao brasileiro em detrimento do estrangeiro”.

²¹⁶

Em relação ao critério de dispensa presente no parágrafo único do mesmo artigo, o autor também advoga pela sua inconstitucionalidade, por ser discriminatório, uma vez que “ao estrangeiro se concede um tratamento diferenciado e menos protetivo, demonstrando uma descabida ‘preferência’ do ordenamento pela proteção aos brasileiros em matéria de emprego e ocupação”.²¹⁷

Portanto, de acordo com o entendimento de Pedro Augusto Gravatá Nicoli, todos os dispositivos da CLT que tratam da nacionalização do trabalho (arts. 352 e seguintes) não

²¹⁴ LOPES (2009, p. 594)

²¹⁵ LOPES (2009, p. 595)

²¹⁶ NICOLI (2010, p. 134)

²¹⁷ NICOLI (2010, p. 134)

foram recepcionados pela Constituição de 1988, sendo também incompatíveis com as normas internacionais de combate à discriminação e de proteção aos migrantes.²¹⁸

4.3. A QUESTÃO MIGRATÓRIA NO CONTEXTO DO MERCOSUL

Os fluxos migratórios no MERCOSUL baseiam-se na busca de melhores condições de vida e de oportunidades de trabalho. A posição do Brasil nesse contexto é significativa, pois é um dos países melhor estruturados do ponto de vista econômico, tornando-se um potencial receptor de trabalhadores imigrantes advindos dos países do MERCOSUL e associados, como bolivianos, peruanos, argentinos, paraguaios e venezuelanos, os quais muitas vezes entram ou permanecem no país em situação irregular. Não havendo, contudo, o mesmo volume migratório de brasileiros para os demais países do bloco.²¹⁹

Diante disso, o Brasil tem reagido de maneira refratária quanto à implantação da livre circulação no bloco, mantendo sua política migratória tradicional. Nesse sentido, Pedro Augusto Gravatá Nicoli dispõe:

Reagindo a tal condição, tem o Brasil se posicionado de maneira refratária quanto à implantação da livre circulação, provavelmente movido pelo temor de aumento expressivo dos fluxos migratórios, o que poderia interferir na dinâmica do mercado de trabalho interno e, eventualmente, aumentar o desemprego. (...) Nesse contexto, o Brasil mantém sua política tradicional quanto à questão migratória, marcadamente seletiva e rigorosa. O efeito colateral, contudo, é o crescimento dos volumes de imigrantes sul-americanos não documentados no país.²²⁰

Mostra-se necessário, portanto, um olhar mais atento às questões referentes aos fluxos de imigração no país, em especial à temática dos imigrantes não documentados, o que será tratado adiante.

De qualquer forma, existem alguns instrumentos que formam o marco regulatório referente à migração de trabalhadores no MERCOSUL, os quais afetam os migrantes em condição de regularidade no Brasil.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998, também conhecida como “Carta Social do MERCOSUL”, é o instrumento norteador de proteção ao trabalho no bloco.

²¹⁸ NICOLI (2010, p. 134)

²¹⁹ NICOLI (2010, pp. 139-140)

²²⁰ NICOLI (2010, p. 141)

O Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL de 1997 (Decreto 5.722/06), por sua vez, tem por objetivo a garantia do reconhecimento dos direitos à seguridade social a todos os “trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados Partes do MERCOSUL, sendo-lhe reconhecidos os mesmos direitos que os nacionais de tais Estados Partes”²²¹.

Há, ainda, outros diplomas que tem por finalidade “facilitar os fluxos migratórios, promover regularização de fluxos de imigração indocumentada, ampliar a salvaguarda de direitos e eliminar formas de tráfico e exploração de migrantes”²²², como a Declaração de Assunção Sobre o Tráfico de Pessoas e Tráfico Ilícito de Migrantes de 2001; a Declaração de Santiago Sobre Princípios Migratórios de 2004; e a Declaração de Caracas de 2007.

Por último, há o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, promulgado pelo Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009, o qual traz avanços “no sentido de simplificar a circulação de pessoas e a fixação de residência no contexto do bloco”²²³. Segundo Pedro Augusto Gravatá Nicoli, “na comparação com a legislação brasileira interna, fica patente o seu caráter de simplificação, que apresenta requisitos bem menos economicistas e rigorosos do que o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), e se encaminha no sentido de proteger o migrante e facilitar a circulação intrabloco”²²⁴.

O espírito paradigmático do diploma pode ser percebido no seu preâmbulo:

REAFIRMANDO o desejo dos Estados Partes do MERCOSUL e dos Países Associados de fortalecer e aprofundar o processo de integração, assim como os fraternais vínculos existentes entre eles.

TENDO PRESENTE que a implementação de uma política de livre circulação de pessoas na Região é essencial para a consecução desses objetivos;

VISANDO a solucionar a situação migratória dos nacionais dos Estados Partes e Países Associados na região, a fim de fortalecer os laços que unem a comunidade regional;

CONVENCIDOS da importância de combater o tráfico de pessoas para fins exploração de mão-de-obra e aquelas situações que impliquem degradação da dignidade humana, buscando soluções conjuntas e conciliadoras aos graves problemas que assolam os Estados Partes, os Países Associados e a comunidade como um todo, consoante compromisso firmado no Plano Geral de Cooperação e Coordenação de Segurança Regional;

²²¹ NICOLI (2010, p. 144)

²²² NICOLI (2010, p. 144)

²²³ NICOLI (2010, p. 144)

²²⁴ NICOLI (2010, pp. 145-146)

RECONHECENDO o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações para lograr o fortalecimento do processo de integração, tal qual disposto no artigo 1º do Tratado de Assunção;
BUSCANDO estabelecer regras comuns para a tramitação da autorização de residências aos nacionais dos Estados Partes e Associados do MERCOSUL.

Diante dessas premissas, o Acordo permite que os nacionais de um Estado Parte obtenham residência legal no território de outro Estado Parte apenas comprovando sua nacionalidade e inexistência de antecedentes penais. Além disso, as pessoas que tenham obtido residência de acordo com o disposto no diploma (art. 4º e 5º) têm direito a exercer qualquer atividade, tanto por conta própria, como por conta de terceiros, nas mesmas condições que os nacionais (art. 8º).

No artigo 11 estabelece-se que o Acordo será aplicado sem prejuízo de normas ou dispositivos internos de cada Estado Parte que sejam mais favoráveis aos imigrantes, consolidando a vedação ao retrocesso sócio-jurídico do trabalhador imigrante.²²⁵

No que se refere ao princípio da norma mais favorável, Daniela Muradas Reis assim afirma no seu estudo sobre o princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho:

O princípio da norma mais favorável, cunhado na tradição justralhista, atua em dimensões distintas na ordem juslaboral (orientativa, interpretativa e hierarquizante) e enuncia que na criação, interpretação e aplicação da norma jurídica trabalhista deve-se considerar a melhoria das condições sociais do trabalho. Na dimensão de fonte material, o princípio da norma mais favorável *orienta* o processo legislativo, *estimulando* a elaboração de normas que visem à elevação das condições sociais da classe trabalhadora. Ainda nesta ótica, o conteúdo normativo do princípio da norma mais favorável desponta como importante instrumento civilizatório, *atuando na preservação dos padrões sociais já assegurados pelo ordenamento jurídico estatal*.²²⁶

Por conta desses avanços, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes ressalta que “o Acordo de Residência resolve definitivamente a questão migratória entre cidadãos do Mercosul, instituindo verdadeiro regime de igualdade jurídica que poderá solucionar muitas das questões migratórias atuais”²²⁷.

Pedro Augusto Gravatá Nicoli conclui o seguinte:

Todos estes acordos, compromissos e declarações reafirmam as intenções no contexto do MERCOSUL de respeito aos direitos dos imigrantes e da consolidação de padrões humanizados da regulação jurídica da circulação de pessoas, em linha com as grandes matrizes do tratamento da migração laboral no plano internacional. [...] É dizer, a criação

²²⁵ NICOLI (2010, p. 146)

²²⁶ REIS (2010, pp. 20-21)

²²⁷ LOPES (2009, p. 534)

de instrumentos jurídicos e políticos para tornar efetiva a proteção ao trabalhador em trânsito no MERCOSUL é providência necessária por duas razões básicas. Em primeiro lugar, como forma de combater os problemas gerados pelos fluxos de imigração irregular e proteger os migrantes indocumentados vítimas de tráfico internacional e que trabalhem em condição análoga à de escravo. E, em segundo lugar, como forma de se aproximar de um mercado comum genuíno e humanizado, que garanta às populações melhores condições de vida e trabalho, para implementar a finalidade social do bloco.²²⁸

Contudo, a despeito de todos esses avanços trazidos por esse diploma no âmbito do MERCOSUL, não basta apenas a promulgação do acordo para que tais diretrizes se concretizem e as questões migratórias sejam solucionadas. São necessárias ações públicas, a fim de realizar o disposto no Acordo, bem como nas demais normas da OIT e da ONU, e realmente dar fim à irregularidade migratória que ainda perdura.

4.4. UMA NOVA PERSPECTIVA À POLÍTICA MIGRATÓRIA NO BRASIL

Após pressões de organizações sociais ligadas à proteção dos migrantes, iniciou-se o processo de reforma da legislação referente aos estrangeiros.

O Projeto de Lei 5.655/2009, do Novo Estatuto do Estrangeiro²²⁹, que está em tramitação no Congresso Nacional, em contraste com a legislação vigente, estabelece, em seu artigo 3º, que a política nacional de migração contemplará a adoção de medidas para regular os fluxos migratórios de forma a proteger os direitos humanos dos imigrantes, especialmente em razão de práticas abusivas advindas de situação migratória irregular. “Ainda que continue na defesa dos chamados interesses nacionais e do mercado interno de trabalho (o que é expressamente consignado nos arts. 2º e 4º do Projeto), assume-se a partir do disposto no citado art. 3º uma postura mais aberta, verossímil e democrática no trato com os fluxos migratórios”²³⁰.

No artigo 5º é assegurado aos estrangeiros, expressamente, direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, garantindo aos imigrantes, independentemente de sua situação migratória, os seguintes direitos: o acesso à educação e à saúde; os benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho, a cargo do empregador; e as medidas de proteção às vítimas e às testemunhas do tráfico de pessoas e do tráfico de migrantes.

²²⁸ NICOLI (2010, pp. 147-148)

²²⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 5.655/2009. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>. Acesso em 8 de maio de 2012.

²³⁰ NICOLI (2010, p. 123)

Quanto à vítima de tráfico, permite-se a concessão de residência temporária, independente de sua situação migratória, isentando-a das infrações administrativas previstas relativamente à situação migratória irregular, não sendo deportada ou repatriada (art. 42).

O Projeto propõe, ainda, a inclusão do art. 148-A ao Código Penal Brasileiro, tipificando penalmente o crime de promoção, intermediação ou facilitação da entrada irregular de estrangeiros ou viabilização de sua estada no território nacional, com a finalidade de auferir, direta ou indiretamente, vantagem indevida.

Observa-se uma mudança quanto ao discurso repressor, “fazendo com que os trabalhadores estrangeiros não documentados deixem de ser vistos pelo Direito como meros violadores da normativa migratória, mas como vítimas de uma cruel indústria que os ilude e se aproveita de sua condição de vulnerabilidade”²³¹.

Em 12 de maio de 2010, o Conselho Nacional de Imigração aprovou para avaliação pública a proposta de nova Política Nacional de Imigração e Proteção ao(a) Trabalhador(a) Migrante²³², a qual tem por finalidade:

Estabelecer princípios, diretrizes, estratégias e ações em relação aos fluxos migratórios internacionais, com vistas a orientar as entidades e órgãos brasileiros na atuação vinculada ao fenômeno migratório, a contribuir para a promoção e proteção dos Direitos Humanos dos migrantes e a incrementar os vínculos das migrações com o desenvolvimento.

Alguns dos princípios e diretrizes dessa nova política são: a não discriminação nos procedimentos de admissão, assegurando-se os direitos e garantias constitucionais e a proteção dos direitos humanos; a igualdade de oportunidades e de tratamento dos migrantes em situação regular em relação aos nacionais, assegurando-se aos trabalhadores migrantes regulares os mesmos direitos e garantias dos trabalhadores nacionais; o direito aos benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho, independentemente da condição migratória; a maximização dos efeitos positivos das migrações por parte das políticas de desenvolvimento; o fortalecimento do combate à discriminação, à xenofobia e ao racismo.

²³¹ NICOLI (2010, p. 172)

²³² PROPOSTA DA NOVA POLÍTICA NACIONAL DE IMIGRAÇÃO E PROTEÇÃO AO TRABALHADOR MIGRANTE. Disponível em http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf. Acesso em 31 de maio de 2012.

Observa-se, portanto, tanto com o Projeto de lei para um novo Estatuto do Estrangeiro, quanto com os acordos realizados no âmbito do MERCOSUL, bem como com as manifestações a respeito da ratificação pelo Brasil da Convenção nº 143 da OIT e da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, uma tendência à adoção, em certa medida, de uma política migratória mais humanizada e em consonância com os atuais fluxos migratórios e os problemas que deles advêm.

5. A EXTENSÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS AOS TRABALHADORES IMIGRANTES EM CONDIÇÃO DE IRREGULARIDADE

5.1. A DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO: O TRABALHO DIGNO

Conceituar a dignidade da pessoa humana é uma tarefa difícil, uma vez que se trata de um “conceito de contornos vagos e imprecisos”²³³. A noção de dignidade da pessoa humana é “um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento”, o qual “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional”.²³⁴ Contudo, tal aspecto não impede a busca de uma conceituação que sirva de referencial para sua concretização.

Diversos autores já se empenharam na tarefa de construir tal definição. Neste trabalho, contudo, será utilizado o conceito construído por Ingo Wolfgang Sarlet.

Primeiramente, cabe salientar que as bases da fundamentação/conceituação da dignidade da pessoa humana por grande parte da doutrina jurídica encontram-se no pensamento de Kant²³⁵ (a despeito das diversas críticas já desenvolvidas). Para Ingo Wolfgang Sarlet, o pensamento kantiano permanece “no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”²³⁶.

Ingo Wolfgang Sarlet propõe a seguinte conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana, ressaltando que se trata de “uma proposta em processo de reconstrução”, “com o

²³³ SARLET (2011, pp. 49-50)

²³⁴ SARLET (2011, p. 52)

²³⁵ SARLET (2011, p. 42)

²³⁶ SARLET (2011, p. 45)

intuito da máxima afinidade possível com a concepção multidimensional, aberta e inclusiva” desse princípio:

*Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*²³⁷

Na medida em que a dignidade é uma qualidade intrínseca à condição humana, portanto, irrenunciável e inalienável, “não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade”, ela não pode ser criada, concedida ou retirada, o que não a impede, contudo, de ser violada. Por outro lado, a dignidade deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, exercendo, o Direito, papel essencial para o alcance desses fins.²³⁸

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta uma dimensão dúplice da dignidade:

Manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente - quando ausente a capacidade de autodeterminação.²³⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental e estruturante da Constituição brasileira, assume a função de conferir uma unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais.²⁴⁰ Nesse mesmo sentido assevera Jorge Reis Novais:

A consagração constitucional de um elenco de direitos fundamentais de que o Estado não dispõe, mas que respeita, garante e promove, corresponde ao desenvolvimento e atribuição de força normativa, vinculativa e concretizada, a essa ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana. Pode acontecer que nem todos os direitos fundamentais constitucionalmente enumerados apresentem o mesmo grau de proximidade e incidibilidade àquele núcleo inspirador, mas, em última análise, é a dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido explicativo ao chamado

²³⁷ SARLET (2011, p. 73)

²³⁸ SARLET (2011, pp. 52-53)

²³⁹ SARLET (2011, p. 61)

²⁴⁰ SARLET (2011, p. 94)

sistema constitucional de direitos fundamentais e orienta as margens de abertura e actualização do respectivo catálogo.²⁴¹

O princípio tem função instrumental integradora e hermenêutica, pois é parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais e demais normas constitucionais, bem como de todo o ordenamento jurídico.²⁴²

Quanto à relação direta entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, salienta Ingo Wolfgang Sarlet:

Indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais [...] sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.²⁴³

Desta forma, cada direito fundamental é uma dimensão da dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar, portanto, que a dignidade se concretiza com a concretização dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, na medida em que constitui valor fundamental e princípio normativo, “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”, mesmo tendo em mente que nem todos os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana.²⁴⁴

A Constituição brasileira de 1988 (art. 1º, III), assim como a portuguesa (art. 1º), consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, por consequência, tal qual dispõe Jorge Reis Novais, o princípio da dignidade humana torna-se tarefa e obrigação jurídica do Estado, bem como limite e parâmetro da sua atividade. Ele “é fim do Estado e princípio fundamental da sua ordem de valores”, desta forma influi “na interpretação da natureza e alcance dos direitos fundamentais”.²⁴⁵

Desta forma, o ser humano passa a ser o fim do Estado Democrático de Direito. O sistema de valores a ser utilizado como diretriz do Estado deverá concentrar-se no ser humano enquanto pessoa. O ser humano não poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização

²⁴¹ NOVAIS (2011, pp. 52-53)

²⁴² SARLET (2011, p. 95)

²⁴³ SARLET (2011, p. 101)

²⁴⁴ SARLET (2011, pp. 101-102)

²⁴⁵ NOVAIS (2011, p. 51)

alheia. “Esse entendimento pautado no ser humano enquanto centro convergente de direitos, porque fim em si mesmo, deve orientar inclusive as relações de trabalho e seu correspondente: o Direito do Trabalho”.²⁴⁶

Portanto, as relações trabalhistas também devem ter por base a dignidade. Apenas o trabalho em condições dignas não violará o homem enquanto fim em si mesmo. “O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano”.²⁴⁷

Segundo Gabriela Neves Delgado, “o direito fundamental ao trabalho compõe o núcleo essencial da dignidade, eis que capaz de garantir um padrão mínimo de existência para o ser humano”.²⁴⁸ É por isso que pelo menos os direitos considerados de indisponibilidade absoluta devem ser assegurados a todo e qualquer trabalhador.²⁴⁹ Esse é o “núcleo duro de direitos fundamentais”.²⁵⁰

Conforme defendido pela autora²⁵¹, uma vez tomado como direito fundamental, o trabalho deve ter por base a dignidade da pessoa humana. Portanto, ela conclui: considerando a indissociável vinculação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, um dos postulados do direito constitucional contemporâneo²⁵², e que apenas o trabalho em condições dignas é capaz de construir a identidade social do trabalhador, o trabalho valorizado pelo texto constitucional ao se referir ao direito ao trabalho é o trabalho digno. Diante disso, afirma a autora, é necessário viabilizar o trabalho digno - diga-se de passagem, toda e qualquer manifestação do valor trabalho digno -, protegendo-o e preservando-o por meio de uma regulamentação jurídica objetiva e direta, a fim de aperfeiçoar o Direito do Trabalho, assegurando a todos os direitos de indisponibilidade absoluta, considerados patamar mínimo para a preservação da dignidade do trabalhador.

Tais direitos de indisponibilidade absoluta baseiam-se na teoria da interdependência e da indivisibilidade dos direitos fundamentais.²⁵³

A partir da ideia de indivisibilidade, “não há como se concretizar o direito à vida digna se o homem não for livre e tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também

²⁴⁶ DELGADO; DELGADO (2012, p. 63)

²⁴⁷ DELGADO (2006a, pp. 205-207)

²⁴⁸ DELGADO (2008, p. 568)

²⁴⁹ DELGADO (2006a, p. 207)

²⁵⁰ DELGADO (2008, p. 568)

²⁵¹ DELGADO (2006a, p. 209)

²⁵² SARLET (2011, p. 30)

²⁵³ DELGADO (2006a, p. 210)

digno. Da mesma forma, não há possibilidade real do exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna”.²⁵⁴

Quanto à interdependência, considerando que direitos de indisponibilidade absoluta são Direitos Humanos, extrai-se que “todo direito de indisponibilidade absoluta é direito essencial do ser humano”²⁵⁵, assim como é “essencial para a concretização de outros direitos fundamentais do homem”²⁵⁶.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, a indisponibilidade será absoluta “quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”.²⁵⁷

De acordo com Gabriela Neves Delgado²⁵⁸, os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta capazes de assegurar ao trabalhador o patamar civilizatório mínimo do direito fundamental ao trabalho digno estão previstos em três eixos jurídicos complementares e interdependentes. O primeiro eixo tem amplitude universal, pois diz respeito aos direitos trabalhistas presentes em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, os quais “destacam um *patamar civilizatório universal* de direitos para o ser humano trabalhador, reconhecendo o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis para que possa levar uma vida digna”, como o direito à remuneração suficiente para uma existência digna do trabalhador e seus familiares, o direito à segurança e higiene no trabalho, o direito de greve e o direito a períodos de descanso e ao lazer. O segundo eixo está previsto na Constituição Federal de 1988. E o terceiro eixo está previsto nas normas infraconstitucionais, como, por exemplo, a CLT.

O trabalho na vida do ser humano em sociedade tem grande importância, na medida em que possibilita a identidade social do homem. É um instrumento de libertação, mas isso só se efetivará se o seu labor for digno. Caso não existam condições mínimas para o seu exercício, o trabalho pode destruir a sua existência. A promoção de direitos é que fará com que a dignidade seja reconhecida em cada ser humano.²⁵⁹

²⁵⁴ DELGADO (2006a, p. 211)

²⁵⁵ DELGADO (2006a, p. 211)

²⁵⁶ DELGADO (2006a, p. 211)

²⁵⁷ DELGADO (2011, p. 210)

²⁵⁸ DELGADO (2006a, pp. 214-215)

²⁵⁹ DELGADO (2006a, pp. 236-237)

Vale lembrar que a dignidade humana é composta de duas dimensões: a dimensão individual, quando o ser humano tem seus direitos da personalidade respeitados; e a dimensão social, quando ele insere-se na sociedade e garante a si e seus familiares uma existência digna. E é o Direito do Trabalho que, por meio da promoção de direitos, concretiza tal dignidade social, na medida em que “é somente pelo trabalho digno que a pessoa alcança a realização plena como ser humano, uma vez que é por seu labor que o homem, destituído de riquezas, afirma-se na sociedade capitalista moderna”.²⁶⁰

Conforme explicado, é por meio do trabalho que o indivíduo obtém bens e riqueza, adquire seu sustento, tem acesso ao sistema econômico e participa da distribuição de bens em sociedade. O indivíduo destituído de qualquer relação de trabalho em condições existenciais mínimas é excluído socialmente²⁶¹ e tem violado seu direito a uma vida digna. Apenas em condições mínimas para o exercício do trabalho com dignidade que o labor terá o papel de emancipar e construir a identidade social do homem²⁶². Se essas condições mínimas não são asseguradas, poderá haver a destruição da existência humana e o exercício do direito fundamental ao trabalho digno será mera abstração.²⁶³

Diante do exposto, somente o trabalho digno deve existir para o Direito, devendo garantir a todos os trabalhadores, pelo menos, os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta.²⁶⁴

²⁶⁰ MIRAGLIA (2010, pp. 105-106)

²⁶¹ Quanto ao trabalho como meio de inserção social, Marilza Nascimento assevera: “O significado do trabalho na realidade contemporânea não se prende às amarras de uma limitação meramente produtiva ou econômica e encerra um outro sentido, próprio de uma sociedade solidária – sociedade em que a exclusão é concebida como desvio social, que exige correção pelos seus próprios membros e instituições. Nessa compreensão, de corte histórico-axiológico e humanístico, o trabalho eleva-se como uma das fórmulas de inserção social, como meio que deve ser assegurado à pessoa, de desempenhar um papel em sua comunidade”. NASCIMENTO (2002, p. 219)

²⁶² A construção da identidade do homem enquanto ser humano, a formação da noção de “eu”, se dá com a elaboração e a sustentação da sua “consciência psicológica” - por meio da vivência individual, como pelas lembranças e afetos próprios - e da sua “consciência moral” – construída pela vivência social, como pelo trabalho em sociedade. Com o desenvolvimento dessa identidade, o homem desenvolve melhor suas potencialidades, sendo capaz de direcionar sua própria vida, bem como adquire maior autonomia na esfera social, mostrando-se como sujeito de direitos e deveres. Observa-se uma dialética entre identidade socializada e autoidentificação, pois os atos e as finalidades dos atos do homem, enquanto ator social, são instrumentos que o faz firmar-se nas relações que estabelece em diversas esferas da sociedade, como, por exemplo, em família, na comunidade e no trabalho. CHAUI *apud* DELGADO; DELGADO (2012, pp. 59-60) Quanto à identidade social desenvolvida por meio do trabalho, Gabriela Delgado destaca: “ela possibilita ao homem identificar-se intensamente como ser humano consciente e capaz de participar e de ser útil na dinâmica da vida em sociedade. Possibilita-lhe, também, desenvolver a consciência de que deve cuidar de si mesmo, preservando-se e exigindo que a dinâmica tutelada pelo Direito seja cumprida e aperfeiçoada para que esteja materialmente protegido”. DELGADO; DELGADO (2012, p. 60)

²⁶³ DELGADO; DELGADO (2012, p. 61)

²⁶⁴ DELGADO (2006b, p. 91)

5.1.1. TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: O CASO DOS IMIGRANTES INDOCUMENTADOS

Caso o trabalho for realizado “em condições de penúria extrema e com desrespeito aos direitos fundamentais trabalhistas – hipótese mais comum no cenário brasileiro, diga-se de passagem -, não haverá dignidade no trabalho, mas sim exploração”.²⁶⁵

Em muitas ocasiões, tal exploração laboral caracteriza-se como trabalho em condições análogas à de escravo, também chamado de trabalho escravo contemporâneo, ao qual muitos imigrantes irregulares são submetidos nas pequenas confecções na cidade de São Paulo. Esse tipo de relação laboral é o oposto do trabalho digno, pois ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, valor-fonte da Constituição de 1988 e do Estado Democrático de Direito.

Nesses casos o obreiro é reduzido a simples objeto de lucro do empregador, sendo submetido a condições degradantes de trabalho, e muitas vezes sem o direito de dissolver o contrato de emprego ou de deixar o local de trabalho.²⁶⁶

O trabalho em condições análogas à de escravo estabelecido como tipo penal no art. 149 do Código Penal brasileiro é o gênero, do qual advêm duas espécies: o trabalho forçado e o trabalho degradante, os quais devem ser evitados e combatidos, conforme defendem Livia Mendes Moreira Miraglia²⁶⁷ e José Claudio Monteiro de Brito Filho²⁶⁸.

Segundo os autores, o trabalho forçado é aquele que viola o direito de liberdade do trabalhador, sendo impedido de extinguir a relação de trabalho. A “servidão por dívida”, de acordo com a autora, é o regime mais comum no Brasil, no qual, mediante coação física e/ou moral, o empregador subjuga o obreiro devido a um suposto crédito contraído por este. Há também os casos de retenção de documentos do empregado pelo empregador para impossibilitar a extinção do vínculo empregatício.

O trabalho degradante, por sua vez, não se caracteriza, necessariamente, pela ofensa ao direito de liberdade do trabalhador, refere-se ao trabalho realizado em condições subumanas, com ofensa à dignidade do trabalhador, sem o respeito ao mínimo existencial para

²⁶⁵ DELGADO; RIOS; NOGUEIRA (2007, p. 58)

²⁶⁶ MIRAGLIA (2010, p. 107)

²⁶⁷ MIRAGLIA (2010, pp. 108-119)

²⁶⁸ BRITO FILHO (2006, pp. 129-132)

uma existência digna, tal qual: justa remuneração, respeito às normas de saúde e segurança no ambiente de trabalho, limite de jornada, pagamento de horas extras, descanso semanal e acesso às garantias previdenciárias. Nos termos de José Claudio Monteiro de Brito Filho:

Considera-se trabalho em condições degradantes aquele em que não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador. [...] pode-se dizer que trabalho em condições degradantes é aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação, tudo devendo ser garantido – o que deve ser esclarecido, embora pareça claro – em conjunto; ou seja, em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes.²⁶⁹

Em suma, “tanto no trabalho forçado, como no trabalho em condições degradantes, o que se faz é negar ao homem direitos básicos que o distingue dos demais seres vivos; o que se faz é coisificá-lo; dar-lhe preço, e o menor possível”.²⁷⁰ Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana é violado em ambos os casos.

O que se verifica, conforme exposto nas reportagens relativas às atuações dos fiscais do Ministério Público do Trabalho nas confecções paulistas²⁷¹, é que muitos imigrantes indocumentados, especialmente imigrantes bolivianos, são submetidos a tais circunstâncias, seja ao trabalho forçado seja ao trabalho degradante, ou a ambos. Eles trabalham nas piores condições possíveis de saúde e segurança, com baixa remuneração, jornadas exaustivas de trabalho, e sem nenhuma das condições mínimas de trabalho.

Conforme explicam Gabriela Neves Delgado e Raquel Portugal Nunes²⁷², em relação a esses trabalhadores, o que se observa é que eles são tão intensamente privados de seus direitos que acabam se afastando da compreensão ética do trabalho e passam a se preocupar “tão-somente em manter sua função de provedor do grupo doméstico ao qual se vincula”. O direito à vida acaba restringindo-se à mera subsistência. O trabalho digno e humano que é direito inato de todos mostra-se privilégio de poucos. O trabalho foge daquele caráter de construção da identidade social.

5.2. A QUESTÃO DA SOBERANIA ESTATAL

²⁶⁹ BRITO FILHO (2006, p. 132)

²⁷⁰ BRITO FILHO (2006, p. 133)

²⁷¹ Vide item 2.2.2.

²⁷² DELGADO; NUNES (2008, p. 11)

O tema dos imigrantes indocumentados, os quais sofrem com a humilhação social e a invisibilidade pública, coloca em questão a concorrência entre os princípios da soberania estatal e do valor social do trabalho. “Se por um lado a concepção tradicional de soberania impõe o reforço das barreiras geográficas e do sentido de nacionalidade; por outro, defende-se o reforço da humanidade comum enquanto valor-fonte dos direitos humanos”.²⁷³

É pacífico o entendimento que os Estados, no exercício de sua soberania, podem estabelecer políticas migratórias, determinar medidas de controle e restrições para entrada, saída e permanência de estrangeiros de seu território. Contudo, o exercício dessa soberania não é ilimitado, pois tais políticas, medidas e restrições devem estar amparadas em fins legítimos, não podendo violar direitos fundamentais, como o direito a não discriminação e à igualdade perante a lei.²⁷⁴ Quando tais regras de imigração são violadas, há uma irregularidade, e não uma ameaça contra a soberania.²⁷⁵

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes assim se posiciona e reflete sobre o posicionamento dos países europeus:

O fato é que os Estados costumam alegar ser a soberania o motivo das restrições ao estabelecimento de estrangeiros, justamente para evitar expor as razões políticas e econômicas que as determinam. Em outras palavras, a soberania, por si só, não seria fundamento suficiente, pois indica apenas o *poder* e não a efetiva *decisão*. Abstendo-se de indicar a decisão (originada do poder), os Estados pretendem abster-se de questionamentos quanto a eventuais abusos, evadindo-se de eventual controle por parte da comunidade internacional e dos padrões básicos de direitos humanos.

Enfrentando o *núcleo duro* da questão, setores político-ideológicos europeus passaram a defender um *direito* da coletividade proteger suas instituições, sua cultura e seu patrimônio da *influência* ou *usufruto* alheio. A revelação desse tipo de estratégia expõe a inconfessável xenofobia daqueles que lhe apregoam. Ora, sem diminuir a importância do direito-dever de preservação da cultura, é preciso ter muita cautela para definir a forma como esse direito deve ser exercido; seja porque nenhuma cultura é estanque, seja porque a preservação de um direito não pode lesar a outros de igual ou maior importância, seja porque nem mesmo a soberania é uma prerrogativa ilimitada. A comunidade internacional demanda reciprocidade e respeito aos *direitos humanos*.²⁷⁶

Portanto, o princípio da soberania estatal não pode servir de desculpa para a privação de direitos dos imigrantes irregulares, uma vez que o direito a não discriminação e à igualdade não permitem que, por conta de uma irregularidade formal, esses indivíduos sejam

²⁷³ DELGADO (2008, p. 11)

²⁷⁴ CAMPOS (2006/2007, p. 46)

²⁷⁵ CERQUEIRA (2009, p. 64)

²⁷⁶ LOPES (2009, p. 466)

despojados dos seus direitos humanos os quais são inerentes à condição de ser humano.²⁷⁷ É o que se defende nessa pesquisa, bem como nos diplomas internacionais já explicitados.

Sem dúvida nenhuma, entrar em um país sem a devida permissão é um ato grave e deve ser sancionado a fim de se estabelecer a ordem. Por conta disso, há a figura da deportação, que, vale ressaltar, se refere apenas à condição de irregularidade migratória. Não há, contudo, qualquer sanção que afete possíveis direitos trabalhistas em casos de contrato de emprego celebrados por imigrantes irregulares.²⁷⁸ Como bem afirma Pedro Augusto Gravatá Nicoli, “as sanções que a legislação migratória prevê são adstritas à questão da condição da própria imigração, não se impondo a privação de direitos trabalhistas como forma de punição à irregularidade migratória, ou mesmo como política de inibição”²⁷⁹.

No entanto, a realidade é bem diferente. Tal qual salienta Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes²⁸⁰, as autoridades brasileiras, ao se depararem com mão-de-obra estrangeira indocumentada, prontamente promovem a deportação dos trabalhadores irregulares, sem considerar os créditos trabalhistas devidos a esses obreiros antes da deportação.

Privar esses trabalhadores dos seus direitos trabalhistas não é razoável e vai contra a matriz justralhista presente na Constituição de 1988, as linhas estruturantes de proteção adotadas pelo Direito do Trabalho e os diversos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil. Se a dignidade da pessoa humana foi eleita como valor-fonte da Constituição Federal de 1988, ela deve prevalecer sobre a soberania nacional.

5.3. TEORIA TRABALHISTA DAS NULIDADES

Tendo-se em conta que o ordenamento brasileiro carece de normas que garantam expressamente os direitos trabalhistas dos trabalhadores imigrantes indocumentados, a doutrina, ansiando por justiça social, desenvolveu a teoria justralhista das nulidades, a qual difere da teoria civilista das nulidades quanto à retroatividade de sua declaração.

²⁷⁷ A garantia da isonomia de todos os seres humanos “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana”, portanto “não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material”. SARLET (2011, pp. 104-105)

²⁷⁸ Inclusive, tais direitos serão assegurados por meio da teoria trabalhista das nulidades que será tratada no tópico seguinte.

²⁷⁹ NICOLI (2010, p. 160)

²⁸⁰ LOPES (2009, p. 606)

No Direito Civil, quando verificada nulidade de um ato, a regra é a retroatividade da declaração de nulidade, retornando as partes para a situação fático-jurídica anterior. Um ato tido como absolutamente nulo não enseja qualquer efeito jurídico, eliminando-se, inclusive, as repercussões faticamente já verificadas.²⁸¹

No Direito do Trabalho, por outro lado, vigora a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade de um ato. O contrato trabalhista só é suprimido do mundo jurídico quando verificada a nulidade, não sendo alterada a situação fático-jurídica já concretizada. “Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação da nulidade – que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado”²⁸².

Mauricio Godinho Delgado²⁸³ salienta que essa diferença decorre de alguns fatores, tais quais: a inviabilidade fática, no âmbito do Direito do Trabalho, de se retornar ao *status quo ante*, após a prestação efetiva do trabalho; uma vez já efetivado o trabalho, o não reconhecimento dos efeitos justralhistas da relação socioeconômica realizada levaria a um enriquecimento sem causa do empregador; além da prevalência ao *valor-trabalho* e aos direitos trabalhistas conferida pela ordem jurídica quando em confronto com outros valores e normas relevantes.

José Augusto Rodrigues Pinto, levando em consideração o princípio da proteção do hipossuficiente econômico, assim justifica tal diferenciação:

O Direito do Trabalho repousa, filosoficamente, sobre o princípio da proteção do hipossuficiente econômico. Logo, as consequências fulminantes da nulidade absoluta, segundo a concepção civilista, inclinam-se a romper esse princípio, pois atingirão com muito maior severidade e probabilidade o interesse do protegido, que é o empregado.²⁸⁴

Arnaldo Süssekind, por sua vez, alega que “a energia dispensada pelo trabalhador na prestação dos serviços não pode ser devolvida pelo empregador. Destarte, a declaração da nulidade do contrato não tem, em todos os seus aspectos, efeito retroativo”²⁸⁵.

Dependendo do caso concreto, a teoria justralhista de nulidades poderá ser aplicada de forma plena, restrita ou não ser aplicada.

²⁸¹ DELGADO (2011, p. 500-501)

²⁸² DELGADO (2011, p. 501)

²⁸³ DELGADO (2011, p. 501)

²⁸⁴ PINTO (2000, p. 188)

²⁸⁵ SÜSSEKIND (2002, p. 235)

Por exemplo, quando há defeito quanto ao elemento jurídico-formal da capacidade, como o trabalho empregatício prestado por menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz entre 14 e 16 anos, o contrato irregularmente celebrado deve ser declarado nulo, mas se reconhece todos os efeitos justrabalhistas advindos desse ato.²⁸⁶ O menor que estabelece uma relação laboral tem direito à assinatura da carteira de trabalho e o recebimento de todas as verbas trabalhistas, mas será imediatamente retirado do trabalho.

Da mesma maneira ocorre com os vícios de forma (com exceção da contratação na administração pública sem concurso público) e de manifestação de vontade.

Vale ressaltar que “se o bem jurídico afrontado pela irregularidade disser respeito fundamentalmente a interesse obreiro (ou não agredir interesse estritamente *público*), a teoria especial de nulidades aplica-se em sua plena abrangência”²⁸⁷.

Há uma aplicação atenuada da teoria trabalhista das nulidades nos casos de contratação irregular por entes públicos, sem a prévia aprovação em concurso público. Nessas situações, Mauricio Godinho Delgado²⁸⁸ defende a manutenção das verbas trabalhistas devidas ao longo da prestação do serviço, não sendo admitido o pagamento das verbas rescisórias referentes à dispensa sem justa causa.

No entanto, quando o afronto ao bem social é intenso, agredindo bens de interesse público, torna-se inviável a aplicação da teoria justrabalhista. Logo não se reconhece qualquer direito trabalhista à prestação laboral. É o que ocorre em relação aos “trabalhos” ilícitos, ou seja, quando a atividade constitui um ilícito penal, havendo um vício de objeto. “À luz da perspectiva constitucional, que enfoca o labor como a produção humana de bens e serviços sob a ótica social”, nesses casos não há trabalho, por isso a não aplicação da teoria justrabalhista.²⁸⁹

O ato pode ser também absolutamente nulo quando “afrontar norma protetiva de vantagem obreira que tenha projeção e interesse públicos”, não dependendo de prova do prejuízo causado ao trabalhador. O ato, por sua vez, será anulável, ou seja, relativamente nulo, quando o vício decair em norma de proteção ao trabalho referente a interesses estritamente individuais, dependendo, portanto, de prova quanto ao real prejuízo ao trabalhador.²⁹⁰

²⁸⁶ DELGADO (2011, p. 502)

²⁸⁷ DELGADO (2011, p. 502)

²⁸⁸ DELGADO (2011, p. 503)

²⁸⁹ DELGADO (2011, p. 504)

²⁹⁰ DELGADO (2011, p. 505)

Quanto ao caso específico dos trabalhadores imigrantes indocumentados, para a análise da aplicação da teoria, é necessário um exame diferenciado em relação a três situações: o trabalho do imigrante em atividades ilícitas, o trabalho do imigrante em condições análogas à de escravo e o trabalho do imigrante em atividades lícitas.

No caso do trabalho em atividades ilícitas (tráfico de drogas e jogo do bicho, por exemplo) não deverá ser aplicada a teoria trabalhista das nulidades, pois há um vício de objeto, conforme exposto anteriormente.

Quanto ao trabalho em condições análogas à de escravo, ao qual muitos imigrantes indocumentados são submetidos, apesar de ser tipificado como crime, há o vício de consentimento do trabalhador. Ocorre, portanto, duplo vício: há o vício de objeto (objeto ilícito) em relação ao empregador que comete o crime e o vício de consentimento em relação ao trabalhador. Tendo em vista que o trabalhador não pode renunciar sua dignidade, por conta do vício da manifestação de vontade, há a aplicação plena da teoria trabalhista das nulidades em favor deste trabalhador. O trabalhador imigrante terá todos seus direitos assegurados até a verificação do vício, quando então deverá se adequar ao direito trabalhista brasileiro. Ou seja, é o empregador quem comete o crime, portanto, é ele quem deve ser penalizado (e não o trabalhador).

Em relação aos estrangeiros em condições de irregularidade que desenvolvem atividades lícitas, há apenas um vício de forma, pois os imigrantes indocumentados trabalham ignorando os requisitos de ingresso estabelecidos pelo Estatuto do Estrangeiro. Nesses casos, o trabalho prestado é irregular, e não ilícito como ocorre no vício de objeto. Há apenas uma irregularidade formal. Portanto, a teoria justrabalhista das nulidades é aplicada plenamente, garantindo-se todos os direitos trabalhistas aos imigrantes indocumentados até a verificação da sua condição de entrada e/ou permanência irregular (quando, então, ele terá sua situação regularizada ou será deportado).

No mesmo sentido, Sara Lúcia Moreira de Cerqueira afirma:

O ingresso e permanência irregulares e a prestação de serviços são situações distintas e, embora estejam relacionadas, uma não deve interferir na outra, vez que pertencem a diferentes esferas jurídicas.

A questão afeta ao desrespeito à regras de imigração não interessa diretamente ao Direito do Trabalho. Ao aplicador das normas trabalhistas cabe apenas reconhecer que o contrato de trabalho deverá ser extinto a partir do momento em que dele se tem ciência, em função do vício formal manifesto. De resto, deve-se

remeter os autos para o juízo competente a fim de que sejam tomadas as providências cabíveis, no sentido de promover a regularização do estrangeiro, ou o seu regresso para o país de origem por meio da deportação.

A irregularidade em análise não possui o condão de suprimir direitos trabalhistas do obreiro, uma vez que a prestação laborativa já ocorreu, não podendo deixar de existir a respectiva contraprestação do tomador de serviços. As parcelas que integram essa contraprestação devem ser as mesmas destinadas a qualquer outro empregado em virtude dos princípios da igualdade e da não discriminação.²⁹¹

A Teoria Justrabalhista das Nulidades é ainda reforçada pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma ou contrato-realidade, o qual já serviu de base para decisão do Tribunal Superior do Trabalho²⁹² que reconheceu efeitos a um contrato de emprego celebrado com um imigrante em condição de irregularidade.

Há, contudo, decisões contrárias²⁹³. Tal orientação é defendida também por Alice Monteiro de Barros. Segundo a autora, a situação de irregularidade do estrangeiro leva ao não reconhecimento da relação de emprego, por não poder beneficiar-se da legislação trabalhista brasileira, ficando autorizada apenas a compensação pelo período trabalhado. Ela ainda defende que os requisitos para permanência do estrangeiro em território nacional não violam o art. 5º da Constituição, pois “visam a evitar o aumento e o descontrole dos movimentos migratórios que podem ser prejudiciais ao próprio trabalhador”.²⁹⁴

Conclui-se que o trabalhador imigrante indocumentado, a não ser que esteja envolvido na prática de atividade ilícita, deve ter todos seus direitos trabalhistas assegurados, seja pelo mero vício formal em relação às regras de imigração, seja pelo vício de consentimento quando é submetido a trabalho em condições análogas à de escravo.

Deste modo, a omissão legislativa brasileira não constitui óbice à proteção dos direitos trabalhistas desses trabalhadores. Ou seja, a teoria justrabalhista das nulidades, em conjunto com o princípio da dignidade humana, serve como fundamento jurídico para que seus direitos trabalhistas sejam amplamente assegurados.

²⁹¹ CERQUEIRA (2009, pp. 65-66)

²⁹² Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 750.094/2001, 6ª Turma, Relator Ministro Horácio Senna Pires, publicado em 29.9.2006. No mesmo sentido e aplicado a teoria justrabalhista das nulidades há as seguintes decisões: decisão 059148/2007 PATR, TRT da 5ª Região, Relator Desembargador Nildemar da Silva Ramos, publicado em 23.11.2007; RO 00213-1999-731-04-00-9, TRT da 4ª Região, Relator Desembargador Manuel Cid Jardon, publicado em 23.10.2002; decisão 030245/2006 PATR, TRT da 15ª Região, Relator Desembargador Ricardo Regis Laraia, publicado em 23.6.2006.

²⁹³ Como, por exemplo, o Acórdão 9762/2005 do TRT da 12ª Região e RO 13.316/99 do TRT da 3ª Região.

²⁹⁴ BARROS (2007, p. 248)

6. CONCLUSÃO

A história do Brasil é marcada por diversos fluxos migratórios, os quais estão ligados ao contexto sócio-econômico, político e cultural, nacional e internacional, da época. Tais movimentos tiveram influência direta em diversas esferas da sociedade, como se verifica no desenvolvimento do Direito do Trabalho brasileiro, especialmente, na origem do movimento sindical.

Conforme exposto no início desta pesquisa, os primeiros movimentos grevistas, surgidos na primeira fase da evolução do direito trabalhista brasileiro, tiveram relevante participação dos imigrantes europeus, contribuindo para que o trabalho subordinado viesse a ser regulado por leis protetivas, bem como para o início do sindicalismo.

No fim século XIX, mais especificamente após o término da escravidão, a imigração foi intensamente estimulada pelo Estado, a fim de suprir a necessidade de mão-de-obra livre para a lavoura cafeeira. A partir de 1917, no entanto, numa conjuntura de ideologias anarquistas e nacionalistas, devido ao envolvimento dos imigrantes no movimento operário em ascensão entraram em vigor diversas medidas restritivas à entrada daqueles considerados perigosos à soberania nacional.

Já na metade do século XX, teve início a imigração de coreanos e bolivianos. Primeiramente, os coreanos, ao se estabelecerem na cidade de São Paulo, passaram a atuar prioritariamente no ramo da confecção, abrindo pequenas oficinas de costura, nas quais exploravam os coreanos indocumentados recém-chegados, com o objetivo de enriquecer rapidamente e a qualquer custo. Nos anos 80, com o aumento da entrada de bolivianos fugidos da recessão, os coreanos passaram a substituir a mão-de-obra barata de conterrâneos irregulares por bolivianos que também entravam ao arrepio das normas de imigração.

Com o tempo, os bolivianos regularizados passaram a contratar e a explorar os conterrâneos indocumentados, assim como inicialmente fizeram os coreanos, e imigrantes paraguaios, que começaram a chegar irregularmente. Desta forma, deu-se início um círculo vicioso de exploração do trabalhador imigrante indocumentado que perdura até os dias de hoje.

Atualmente, portanto, o Brasil se depara com o crescimento desse fluxo migratório irregular, que tem se caracterizado pela submissão dos trabalhadores imigrantes a condições degradantes de trabalho.

O período da evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil intitulado “transição democrática”, caracterizou-se, por um lado, pelo processo de democratização com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e por outro, pela flexibilização e precarização das relações laborais, por consequência do fenômeno da globalização (o que também levou à transformação dos fluxos migratórios internacionais). Nesse contexto, vem havendo o fortalecimento das ocupações precárias e ilegais, nas quais se encontram muitos dos imigrantes indocumentados submetidos a condições subumanas de trabalho, trazendo prejuízos à promoção do valor social do trabalho, defendido pela CF/88, e impossibilitando a concretização do trabalho digno.

Nas últimas décadas foram celebrados diversos instrumentos internacionais que consolidaram o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do imigrante e dos seus direitos trabalhistas, entre eles: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, as Convenções nº 97 e 143 da OIT, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e a Opinião Consultiva 18/03.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, consagra o princípio da não discriminação e coroa o projeto de vida digna, inclusive no âmbito dos direitos trabalhistas. A declaração elenca alguns dos direitos humanos que devem ser reconhecidos a todos os trabalhadores, sem qualquer discriminação, os quais fazem parte de um conjunto de direitos que asseguram as mínimas condições de trabalho exigidas para a caracterização do trabalho decente, ou seja, um trabalho que respeite a dignidade do homem-trabalhador.

A Convenção nº 97 da OIT, de 1949, ratificada pelo Brasil, prevê a igualdade de tratamento e de oportunidades entre trabalhadores migrantes regulares e trabalhadores nacionais quanto a questões de remuneração, jornada de trabalho, trabalho infantil e de mulheres, seguridade social, entre outros direitos previstos na legislação trabalhista do país receptor. Não há, no entanto, qualquer referência aos trabalhadores em situação irregular. A convenção prevê, ainda, a punição daqueles que promovem a imigração clandestina, mas não chega a dispor sobre os efeitos do trabalho irregular.

Por outro lado, com a Convenção nº 143 da OIT, de 1975, pela primeira vez uma convenção da OIT tratou das imigrações irregulares, garantindo a ampla proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes por parte dos Estados-Membros, o que inclui os direitos decorrentes da prestação de trabalho, independentemente de sua situação irregular. Nesse

sentido, a questão da migração irregular passou a ser tratada numa perspectiva de direitos humanos, firmando entendimento de que a proteção trabalhista é um direito irrenunciável da pessoa humana, e, por consequência, não será prejudicada em face da condição de irregularidade migratória. Contudo, o Brasil ainda não aderiu à convenção, não sendo um instrumento formalmente cogente no ordenamento jurídico nacional.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, por sua vez, estabelece uma codificação universal dos direitos dos trabalhadores migrantes no âmbito da ONU, além de atualizar as convenções da OIT. Esse diploma enumera uma série de direitos humanos dos trabalhadores migrantes, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade humana, de sair e regressar ao próprio País, à liberdade, a não submissão à escravidão ou trabalhos forçados, entre outros. A proteção desses direitos independe da condição migratória, o que reafirma o princípio da não-discriminação e da garantia de uma existência digna, buscando-se a humanização das relações internacionais. Não se admite qualquer derrogação ao princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais e estrangeiros, nem em razão da irregularidade migratória, garantindo-se aos trabalhadores imigrantes, documentados ou não, todos os direitos trabalhistas decorrentes da relação laboral. Todavia, essa convenção também não foi ratificada pelo Brasil.

Por último, porém não menos importante, a Opinião Consultiva nº 18, de 2003, elaborada pela CIDH esclarece que os direitos trabalhistas surgem necessariamente da condição de trabalhador, entendida no seu sentido mais amplo, portanto toda pessoa que realiza atividade remunerada adquire imediatamente a condição de trabalhador e, conseqüentemente, os direitos inerentes a essa condição. Desta forma, o imigrante, ao constituir uma relação de trabalho, deve ter seus direitos trabalhistas, decorrentes exclusivamente da relação laboral, reconhecidos e garantidos pelo Estado receptor, independentemente da sua situação migratória, uma vez que o respeito e a garantia do gozo e exercício desses direitos devem ser livres de qualquer discriminação. A CIDH defende que, independentemente da política migratória adotada pelo Estado, nos limites de sua soberania, esses direitos devem ser garantidos em respeito ao princípio da igualdade, da não-discriminação, do acesso à Justiça e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de responsabilização internacional do Estado.

No âmbito nacional, as condições de entrada, permanência e de trabalho de não nacionais no país é regulada pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, também conhecida como Estatuto do Estrangeiro, bem como por normas editadas pelo Ministério do Trabalho e pelo Conselho Nacional de Imigração. Ademais, existem alguns instrumentos que formam o marco regulatório referente à migração de trabalhadores no contexto do MERCOSUL.

Conforme demonstrado nesta pesquisa, a política migratória então em vigor volta-se para a defesa do trabalhador nacional e a atração de mão-de-obra qualificada. O que se observa, na maioria dos casos, é a existência de um processo bastante burocrático e oneroso para a entrada regular de trabalhadores estrangeiros, traçando, implicitamente, o perfil dos trabalhadores estrangeiros desejados: os de alta qualificação. Dita política vem corroborando com a entrada e/ou permanência de imigrantes indocumentados no território brasileiro.

Quanto aos direitos trabalhistas dos imigrantes indocumentados, a legislação infraconstitucional encontra-se defasada, priorizando a dimensão da soberania nacional em detrimento do valor social do trabalho, o que tem levado à demanda por uma política imigratória que trate a matéria na perspectiva dos direitos humanos, em consonância com os diplomas internacionais e os princípios consagrados constitucionalmente.

Em consonância com o direito internacional e os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 consagrou como valor fonte o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é o eixo de proteção do Direito do Trabalho brasileiro, bem como o princípio da igualdade e da não discriminação. Tal orientação reforça a visão humanista de compreensão do Direito do Trabalho.

A dignidade, enquanto qualidade intrínseca à condição humana, torna todo ser humano merecedor de igual consideração e respeito, fazendo-o titular de direitos e deveres fundamentais que o defendam de qualquer ato degradante, além de lhe garantir condições existenciais mínimas que promovam autodeterminação, inclusão social, bem como uma vida saudável. O direito fundamental ao trabalho tem, portanto, papel central na concretização da dignidade humana, na medida em que é capaz de garantir um padrão mínimo de existência para o ser humano, de onde se conclui que a todo e qualquer trabalhador deve ser assegurado pelo menos os direitos fundamentais, os quais constituem o mínimo necessário para a caracterização do trabalho digno.

Tanto a Convenção nº 143 quanto a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e a Opinião Consultiva 18/03 vêm ao encontro dessa posição principiológica fundada na dignidade da pessoa humana, privilegiando o sujeito trabalhador em detrimento do valor da forma, ou seja, a soberania.

A OC 18, particularmente, é uma decisão paradigmática no sentido do reforço aos direitos humanos, pois enaltece o sujeito trabalhador orientando os países que recebem mão-de-obra imigrante a adotarem seu direcionamento. A orientação seguida pela CIDH e presente na Convenção nº 143 e na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, mostra-se, portanto, a mais acertada, na medida em que os fundamentos de proteção ao Direito do Trabalho também prestigiam o reforço aos direitos humanos.

Somado ao princípio da dignidade humana, outro instrumento jurídico que leva a estender aos trabalhadores imigrantes indocumentados todos os direitos decorrentes da relação laboral é a teoria justrabalhista das nulidades.

O trabalho lícito realizado por imigrante indocumentado acarreta vício de forma, pois há apenas uma irregularidade formal devido a não observância dos requisitos legais para o trabalho regular de estrangeiros. Desta forma, há a plena aplicação da teoria justrabalhista das nulidades, reconhecendo-se a estes trabalhadores todos os efeitos justrabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, ainda que irregularmente celebrado.

Em suma, os imigrantes em condições irregulares são seres humanos, e, portanto, devem ser respeitados e tratados dignamente, livres de qualquer discriminação, o que implica concretizar a dimensão sócio-trabalhista da matriz constitucional brasileira de 1988, calcada na dignidade da pessoa humana. Desta forma, independentemente da sua condição migratória, os trabalhadores imigrantes indocumentados devem ter assegurados todos os direitos trabalhistas advindos da relação laboral, em conformidade com os diplomas internacionais.

Diante disso, a situação de irregularidade migratória não pode prevalecer sobre a condição de pessoa humana dos imigrantes indocumentados. Ou seja, aos trabalhadores imigrantes deve ser assegurado o patamar civilizatório mínimo do direito fundamental ao trabalho digno, valor fonte da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012.

ÁVILA, Flávia de. *Entrada de trabalhadores estrangeiros no Brasil: evolução legislativa e políticas subjacentes nos séculos XIX e XX*. Dissertação de mestrado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003.

BAENINGER, Rosana e PATARRA, Neide L.. Migrações internacionais recentes: o caso do Brasil. In: Neide Lopes Patarra (coord.). *Emigração e imigração internacionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: FNUAP, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

BASSANEZI, Maria Silvia B.. Imigrações internacionais no Brasil: um panorama histórico. In: Neide Lopes Patarra (coord.). *Emigração e imigração internacionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: FNUAP, 1995.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.655/2009. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>. Acesso em 8 de maio de 2012.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: FAVA, Marcos Neves; VELLOSO, Gabriel (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006, pp. 125-138.

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. *O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos Direitos Humanos*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, ano 7, v.7, n. 7, 2006/2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Trabalho do estrangeiro no Brasil*. Boletim do CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade. Março de 2007. Disponível em <http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/cidadaniatrabalho/trabalho%20do%20estrangeiro%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em 26 de março de 2012.

CERQUEIRA, Sara Lúcia Moreira de. *A relação justrabalhista dos imigrantes: análise necessária a partir da perspectiva dos Direitos Humanos*. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. (Orientação: Professora Doutora Gabriela Neves Delgado)

CONSTITUIÇÃO DA OIT. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-out-21/imigrante_documentacao_direitos_trabalhistas. Acesso em 30 de março de 2012.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>. Acesso em 22 de janeiro de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-18/03. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. *A Constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho*. Revista LTr, ano 72. São Paulo, 2008.

_____. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006a.

_____. *O Trabalho enquanto suporte de valor*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 49, p. 77-97, 2006b.

_____. *Princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário*. Revista LTr, São Paulo, ano 74, t. I, n. 03, mar. 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed.. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 2012.

DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. *Subterrâneos da imigração*. Estado de Minas, Caderno Opinião. Belo Horizonte, 19 de setembro de 2008.

DELGADO, Gabriela Neves; RIOS, Sâmara Eller; NOGUEIRA, LÍlian Katiusca Melo. *Trabalho Escravo: Instrumentos Jurídicos-Institucionais para a erradicação no Brasil Contemporâneo*. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, nº 21 – Novembro/Dezembro de 2007. Porto Alegre: Magister, 2007.

GALETTI, Roseli. Migração de estrangeiros no centro de São Paulo: coreanos e bolivianos. In: Neide Lopes Patarra (coord.). *Emigração e imigração internacionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: FNUAP, 1995.

GONZALEZ, Amelia; NOBREGA, Camila. *MTE confirma trabalho escravo encontrado na cadeia da Zara*. Disponível em <http://oglobo.globo.com/blogs/razaosocial/posts/2011/08/17/mte-confirma-trabalho-escravo-encontrado-na-cadeia-da-zara-399282.asp>. Acesso em 8/10/2011.

JUSBRASIL. Disponível em: <http://mte.jusbrasil.com.br/noticias/144410/publicada-no-diario-oficial-resolucao-normativa-do-conselho-nacional-de-imigracao>. Acesso em 8 de junho de 2012.

KASCHNER, Pablo. *Vida de estrangeiro*. Versus: revista de ciências sociais aplicadas do CCJE/UFRJ, v.1, nº 3, p. 18-25, nov. de 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

MENEZES, Lená Medeiros de. Movimentos e políticas migratórias em perspectiva histórica: um balanço do século XX. In: CASTRO, Mary Garcia (org.). *Migrações internacionais: contribuições para políticas*. Brasília: CNPD, 2001.

MILESI, Rosita. *Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos direitos humanos*. Texto publicado no site do Instituto Migração e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/por_uma_nova_lei_migracao.pdf. Acesso em 27 de março de 2012.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/imprensa/ministerio-encaminha-a-convencao-n-143-da-oit-para-ratificacao.htm>. Acesso em 27 de março de 2012.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BED97F6712509/Resolucao%20Recomendada%20Nº%2010,%20de%2003%2012%202008.pdf>. Acesso em 27 de março de 2012.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O combate ao trabalho escravo contemporâneo e a justiça do trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal; SENA, Adriana Goulart de. *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetivação do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010, pp. 105-125.

MONITORAMENTO: DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS. Disponível em: <http://monitoramentodhi.org/site/wp-content/uploads/2012/09/recomenda%C3%A7%C3%B5es-RPU-Brasil-2012-com-obs.pdf>. Acesso em 24 de janeiro de 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19 ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. História do Direito do Trabalho no Brasil. In: FERRARI, Iany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. - 2º ed. - São Paulo: LTr, 2002, pp. 79-177.

NASCIMENTO, Marilza Geralda do. *O trabalho como valor: afirmação e crise em perspectiva tridimensional*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *A condição jurídica do trabalhador imigrante no Direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010. (Orientação: Professora Doutora Gabriela Neves Delgado)

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

O GLOBO. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/brasil-quer-facilitar-vistos-para-profissionais-estrangeiros-3671799>. Acesso em 8 de junho de 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. ESCRITÓRIO NO BRASIL. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em 24 de janeiro de 2013.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Os direitos do trabalhador imigrante ilegal à luz do Parecer Consultivo 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. In: TIBÚRCIO, Carmem, BARROSO, Luis Roberto (organizadores). *O Direito Internacional Contemporâneo* –

Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 85-109.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

PROFISSÃO REPÓRTER. Disponível em: <http://globotv.globo.com/rede-globo/profissao-reporter/t/extras/v/ministerio-do-trabalho-fiscaliza-oficina-de-costura-irregular-no-interior-de-sao-paulo/2078559/>. Acesso em 10 de agosto de 2012.

PROPOSTA DA NOVA POLÍTICA NACIONAL DE IMIGRAÇÃO E PROTEÇÃO AO TRABALHADOR MIGRANTE. Disponível em http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf. Acesso em 31 de maio de 2012.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

REPÓRTER BRASIL. Disponível em: <http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=2131>. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VAINER, Carlos B.. Deslocados, reassentados, clandestinos, exilados, refugiados, indocumentados...As novas categorias de uma sociologia dos deslocamentos compulsórios e das restrições migratórias. In: CASTRO, Mary Garcia (org.). *Migrações internacionais: contribuições para políticas*. Brasília: CNPD, 2001.